



Marcelo Barbosa de Castro Zenkner

INTEGRIDADE GOVERNAMENTAL E INTEGRIDADE
EMPRESARIAL: CONCEITOS JURÍDICOS E INSTRUMENTOS
DE GARANTIA EM PERSPECTIVA DE DIREITO COMPARADO
LUSO-BRASILEIRO

Tese com vista à obtenção do grau de Doutor em Direito
na Especialidade de Direito Público

Orientador: Professor Doutor Nuno Piçarra, Professor da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Julho/2017

Quando você perceber que, para produzir, precisa obter a autorização de quem não produz nada; quando comprovar que o dinheiro flui para quem negocia não com bens, mas com favores; quando perceber que muitos ficam ricos pelo suborno e por influência, mais que pelo trabalho, e que as leis não nos protegem deles, mas, pelo contrário, são eles que estão protegidos de você; quando perceber que a corrupção é recompensada, e a honestidade se converte em auto-sacrifício; então poderá afirmar, sem temor de errar, que sua sociedade está condenada.

Ayn Rand, 1920

E ninguém ignora como é difícil cumprir bem cumprido o dever no Brasil de hoje, onde a prepotência governa, onde o interesse partidário prevalece, onde os apetites inconfessáveis sobrelevam, onde a bajulação promove, onde rastejando se conseguem postos, onde a subserviência a eventuais ocupantes de altos postos, em geral para eles despreparados, constitui elemento de promoção. Vivemos hoje um quadro semelhante àquele que, há cinquenta anos, traçava, com o ferro em brasa de sua palavra incisiva, o imenso Rui Barbosa: ‘Aí temos a consagração da incompetência moral, a benevolência administrativa liberalizada à improbidade notória e oficial. Outras vezes é a incompetência profissional, a incompetência intelectual, a incompetência vulgar, absoluta. Aos cargos mais eminentes do serviço administrativo, como aos da política, os que se elevam são os mais incultos, os mais obtusos, os mais ignaros, os mais desacreditados, os mais servis e os mais baixos. Criam-se, até, ministérios, para se encherem de nepotes e favoritos. É um governo, que, se em algum princípio se assenta, será unicamente no culto da incompetência’ (A crise moral, p. 53).

José Barbosa de Castro, 1970

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	p. 7
-------------------------	-------------

CAPÍTULO I – A BUSCA DE UM CONCEITO DE INTEGRIDADE E SUAS RELAÇÕES COM A ÉTICA, A MORALIDADE E A CORRUPÇÃO

1 Relações humanas, valores e condutas

1.1 Notas introdutórias	p.12
1.2 Breves noções sobre os conceitos de ética, moralidade e integridade	p.13

2 A corrupção e seus reflexos na sociedade contemporânea

2.1 O desafio de conceituar “corrupção”	p.31
2.2 Oportunidade, impunidade e corrupção	p.39
2.3 A relação direta entre a corrupção, os direitos fundamentais e os direitos humanos	p.48
2.3.1 A corrupção como elemento corrosivo dos direitos fundamentais	p.48
2.3.2 O direito de viver em um ambiente livre de corrupção como direito fundamental da pessoa humana	p.53

CAPÍTULO II – INTEGRIDADE GOVERNAMENTAL

1 Significado de “integridade governamental”

1.1 Novas exigências do mundo contemporâneo e os princípios de gestão ética no serviço público	p.58
1.2 O direito fundamental a uma “boa administração”	p.64
1.3 A importância da transparência e do acesso às informações de interesse público para a integridade governamental	p.69

2 Efeitos diretos e indiretos da corrupção na Administração Pública

2.1 A deslegitimação do governo pela corrupção	p.78
2.2 Entrave ao crescimento econômico e afastamento de investimentos externos	p.84
2.3 Excesso de regulação	p.88

3 Controle administrativo dos atos do Poder Público

3.1 Controle interno	p.91
3.1.1 Introdução	p.91
3.1.2 Controle interno no Brasil	p.95

3.1.3 Controle interno em Portugal	p.101
3.2 Controle externo	p.102
3.2.1 O controle externo pela atividade parlamentar	p.102
3.2.2 O controle externo das contas públicas pelos Tribunais de Contas	p.105
4 Controle da Administração Pública pelo Ministério Público e pela sociedade civil	
4.1 O papel do Ministério Público no combate à corrupção	p.108
4.2 A Lei Federal n.º 8.429/92 (Lei de Defesa da Probidade Administrativa) como principal instrumento de controle da Administração Pública pelo Ministério Público	p.115
4.3 A importância do controle social e da participação popular na Administração Pública.....	p.126
4.3.1 Notas introdutórias	p.126
4.3.2 Princípios informadores da participação pública	p.133
4.3.3 O controle pela via da ação popular	p.137
4.4 O microssistema legislativo brasileiro de prevenção e combate à corrupção	p.143

CAPÍTULO III – INTEGRIDADE EMPRESARIAL

1 A contaminação dos negócios pela corrupção: fonte de lucros ou de prejuízos para as empresas?

1.1 O FCPA norte-americano	p.148
1.2 Origens da Convenção sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais da OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (1997)	p.151
1.3 Implementação da Convenção da OCDE nos sistemas penais brasileiro e portugueses	
1.3.1 Alterações introduzidas pela Lei n.º 10.467/2002 no Brasil	p.156
1.3.2 Alterações introduzidas pela Lei n.º 20/2008 em Portugal	p.162

2 A responsabilização das pessoas jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro

2.1 Origem e embasamento constitucional da Lei n.º 12.846/2013	p.165
2.2 Sujeitos ativos e passivos	p.171
2.3 O regime jurídico de responsabilização objetiva das pessoas jurídicas	p.174
2.4 Respeito ao princípio <i>non bis in idem</i>	p.180
2.4.1 No plano interno	p.180
2.4.2 No plano externo	p.186
2.5 Atos lesivos da Lei Federal n.º 12.846/2013 (Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas)	p.188

2.6 Sanções administrativas e judiciais	p.208
2.6.1 Sanções administrativas	p.208
2.6.2 Sanções judiciais	p.211
2.7 Reparação integral do dano	p.216
2.8 Prescrição	p.216
3 Governança corporativa e estruturação de um sistema de controle empresarial	
3.1 O gerenciamento da integridade empresarial	p.219
3.2 Programa de Compliance	p.223
3.2.1 Noções gerais e objetivos	p.223
3.2.2 Os dez elementos fundamentais de um programa de compliance	p.229
3.2.3 O papel do conselho de administração no ambiente de compliance organizacional	p.244
3.3 Programa de Integridade	p.245
3.3.1 Eficiência, eficácia e efetividade do controle das atividades das pessoas jurídicas	p.245
3.3.2 A cultura de integridade das pessoas jurídicas	p.247
3.3.3 Elementos básicos de um programa de integridade	p.253
3.4 Benefícios e vantagens decorrentes da estruturação de um sistema de integridade efetivo	p.260
3.4.1 Legislação em vigor aplicável	p.261
3.4.2 Incentivos à implementação de programas de integridade em perspectiva	p.267
4 O sistema processual brasileiro de aplicação de sanções a pessoas jurídicas	
4.1 O processo administrativo de responsabilização (PAR)	p.268
4.1.1 Noções gerais	p.268
4.1.2 Instauração, formação da relação jurídica processual e instrução do PAR	p.270
4.1.3 Análise jurídica prévia à decisão	p.273
4.1.4 Decisão administrativa da autoridade máxima do órgão	p.273
4.1.5 Recurso administrativo	p.275
4.1.6 Efeitos secundários da condenação: o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) e o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas (CNEI)	p.277
4.2 Acordo de leniência	p.278
4.2.1 Origens, conceito e objetivos do acordo de leniência	p.278

4.2.2 O acordo de leniência da Lei do CADE, a colaboração premiada e o termo de ajustamento de conduta	p.281
4.2.3 Requisitos e garantias para celebração do acordo de leniência da Lei Anticorrupção Empresarial	p.283
4.2.4 Benefícios, riscos e desvantagens do acordo de leniência	p.287
4.2.5 Legitimação para celebrar o acordo de leniência	p.290
4.2.6 Importância da participação do Ministério Público nos acordos de leniência	p.292
4.2.7 Efeitos do descumprimento do acordo de leniência	p.293
4.2.8 Novos rumos do acordo de leniência – o PLS n.º 105/2015 e o PL 3636/2015	p.293
4.3 Responsabilização das pessoas jurídicas pela via judicial	p.294
4.3.1 O direito difuso à probidade na Administração Pública e à manutenção de um ambiente negocial limpo	p.294
4.3.2 O microssistema legislativo brasileiro de tutela coletiva	p.296
4.3.3 Ação coletiva de responsabilização da pessoa jurídica e sua legitimação ativa	p.298
4.3.4 Competência territorial	p.301
4.3.5 Tutelas de urgência admissíveis	p.303
4.3.6 Responsabilização do agente público e da pessoa jurídica pelo mesmo fato ou por fatos conexos no mesmo processo	p.306
4.3.7 Sentença do processo coletivo de responsabilização da pessoa jurídica	p.309
4.3.8 Regime diferenciado da coisa julgada	p.312
CONCLUSÃO	p.315
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	p.322

INTRODUÇÃO

*Next to tyranny, corruption is the great disease of government.
Skillful surgeons need more than a single way of curing the disease.¹*

John Thomas Noonan

Em todos os países há, atualmente, um sentimento de mal-estar, um inconformismo da população, que percebe que a qualidade de vida poderia ser melhor e que o progresso material cria oportunidades, mas delas se apoderam apenas alguns, e não todos. Como a corrupção tem sido considerada uma das principais causas de desigualdade social e de deslegitimação da democracia², seja em países desenvolvidos ou em desenvolvimento, o estudo de suas origens, suas causas, seus efeitos e modos de prevenção e de repressão vem ganhando cada vez mais espaço no mundo contemporâneo.

O custo anual da corrupção, de acordo com um estudo divulgado pelo Fundo Monetário Internacional em maio de 2016, é estimado entre US\$ 1,5 a 2 trilhões, ou seja, algo próximo de 2% do Produto Interno Bruto (PIB) global³. Merece registro o fato de que esse volume diz respeito apenas às propinas pagas e não aos efeitos indiretos da corrupção, os quais são muito maiores para a sociedade. Por isso, pesquisa desenvolvida pelo Fórum Econômico Mundial estima que a corrupção custe mais do que 5% do PIB global (2,6 trilhões de dólares) e que aproximadamente 1 trilhão de dólares seja pago em subornos cada ano⁴.

Em março de 2016, o Parlamento Europeu divulgou um relatório de investigação denominado *Organised Crime and Corruption – Cost of Non-Europe Report*⁵, que demonstrou que a falta de uma ação integrada da União Europeia contra o crime organizado e a corrupção custa aos países do bloco, pelos menos, 71 bilhões de Euros por ano. O mesmo estudo demonstra que a corrupção, por si própria, pode gerar perdas anuais superiores a 900 bilhões de Euros, caso sejam levadas em conta as receitas fiscais perdidas e os respectivos custos sociais e políticos,

¹ Ao lado da tirania, a corrupção é a grande doença do governo. Os cirurgiões hábeis precisam de mais de uma única maneira de curar a doença.

² TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Money, Politics, Power: Corruption Risks in Europe*, Berlin, Transparency International, 2012, p. 9 [disponível em http://www.transparency.org/whatwedo/publication/money_politics_and_power_corruption_risks_in_europe, acesso em 28 de fevereiro de 2016].

³ INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF), *Corruption: Costs and Mitigating Strategies*, 2016 [disponível em <http://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1605.pdf>, acesso em 3 de julho de 2016].

⁴ FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL, *Clean Business is Good Business; The Business Case Against Corruption*, 2008 [disponível em http://www3.weforum.org/docs/WEF_PACI_BusinessCaseAgainstCorruption_2008.pdf, acesso em 3 de julho de 2016].

⁵ EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE (EPRS), *Organised Crime and Corruption – Cost of Non-Europe Report*, 2016 [disponível em http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/558779/EPRS_IDA%282016%29558779_EN.pdf, acesso em 7 de abril de 2016].

tais como desigualdade social, altos níveis de crime organizado, impunidade e desconfiança pública. A conclusão do estudo é apresentada no sentido de que “[a] falta de ratificação, transposição, aplicação e cumprimento das normas internacionais e da União Europeia constitui um dos principais obstáculos na luta europeia contra o crime organizado e a corrupção”.

No início do ano de 2014, foi publicado o primeiro Relatório Anticorrupção da União Europeia⁶, que constata números e percepções que vão ao encontro de outros estudos já publicados, inclusive a de que a corrupção está presente em todos os Estados-membros do bloco. Em tal relatório, lê-se que 90% dos portugueses veem a corrupção como um fenômeno generalizado que prejudica o país, sendo que 72% das pessoas consultadas consideram que este é um problema que se intensificou nos últimos três anos. Não foi por outro motivo que, entre as dez palavras colocadas em votação no site Infopédia.pt, “corrupção” foi a vencedora, com 25% dos votos de 22 mil portugueses e se tornou a palavra do ano de 2014 em Portugal⁷.

Além disso, uma pesquisa da consultoria Ernest & Young intitulada “Fraude e corrupção – uma opção simples para o crescimento?”⁸ –, realizada no ano de 2015 em 38 países da Europa, Oriente Médio, Índia e África, não apenas colocou Portugal na quinta posição entre os mais corruptos, a seguir à Croácia, Quênia, Eslovênia e Sérvia, mas também demonstrou que 83% dos trabalhadores portugueses consideraram o suborno e a corrupção como práticas usuais em Portugal.

No âmbito empresarial, muitas empresas continuam perdendo negócios para concorrentes corruptos – de acordo com dados do relatório *International Business Attitudes to Corruption 2015/2016*, 30% dos entrevistados afirmaram ter perdido negócios nos quais havia fortes evidências circunstanciais de pagamento de suborno por parte do competidor vitorioso⁹. Além disso, a exigência de pagamento de propinas continua a ser uma constante ameaça em mercados

⁶ COMISSÃO EUROPEIA, *Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu/ Relatório Anticorrupção da UE*, Bruxelas, 2004 [disponível em http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_pt.pdf, acesso em 19 de agosto de 2016].

⁷ PIMENTA, “«Corrupção» foi a palavra de 2014 para a Porto Editora”, *Público*, 5 de janeiro de 2015 [disponível em <http://www.publico.pt/culturaipilon/noticia/corruptao-foi-a-palavra-de-2014-para-a-porto-editora-1681205>, acesso em 28 de fevereiro de 2016].

⁸ ERNEST & YOUNG, *Fraud and corruption — the easy option for growth? Europe, Middle East, India and Africa Fraud Survey*, 2015 [disponível em [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-emeia-fraud-survey/\\$FILE/ey-emeia-fraud-survey.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-emeia-fraud-survey/$FILE/ey-emeia-fraud-survey.pdf), acesso em 27 de março de 2016].

⁹ Relatório desenvolvido pela consultoria *Control Risks* a partir de pesquisa realizada com especialistas legais e de compliance em mais de 800 empresas em todo o mundo (CONTROL RISKS, *International Business Attitudes to Corruption, Survey 2015/2016*, 2016 [disponível em <https://www.controlrisks.com/webcasts/studio/2015-GENERAL/corruption-report/corruption-survey-2015.pdf>, acesso em 11 de agosto de 2016]). O Brasil, inclusive, de acordo com o mesmo relatório, possui um índice acima da média, com 38% das empresas relatando que perderam contratos para concorrentes corruptos.

emergentes e muitas empresas permanecem impedidas de fazer negócios em determinados países diante do alto risco de corrupção.

A corrupção, além de ser um problema para as empresas na realização de seus negócios, também pode causar gravíssimos prejuízos internos: estima-se que uma organização empresarial típica perde 5% de sua receita anual em razão de fraudes, principalmente pela apropriação indevida de ativos por seus próprios funcionários, prática que corresponde a 83% dos casos de fraudes internas¹⁰.

Não é por outro motivo que a corrupção, que ocupava a terceira posição entre os principais problemas brasileiros em 2014, aparece, em dezembro de 2015, de acordo com pesquisa realizada pela Confederação Nacional da Indústria¹¹, como o principal problema do País: opção identificada como “extremamente grave” por 65% da população brasileira. Da mesma maneira, a pesquisa *Global Shapers Annual Survey 2016*¹² aponta que 80,7% dos brasileiros entre 18 e 35 anos consideram que o maior problema que afeta o país é a corrupção e a falta de transparência e de prestação de contas por parte das autoridades governamentais de todos os níveis. A mesma pesquisa indica ainda que, para 81,8% dos entrevistados, a corrupção e o abuso de poder representam as maiores frustrações que possuem em relação aos líderes governamentais (presidente, ministros, governadores, etc.).

Segundo o ranking de 2016 sobre a percepção de corrupção no mundo da Transparência Internacional, que analisa 176 países e territórios, o Brasil ocupa a 79ª posição, ao lado de Bielorrússia, China e Índia. O índice brasileiro foi 40 – 2 pontos a mais do que em 2015, quando o país ficou em 76º lugar. Já Portugal piorou apenas uma posição em relação ao ano anterior, passando a ocupar o 29º lugar, com 62 pontos¹³.

¹⁰ Fonte: *2016 Report to the Nations on Occupational Fraud and Abuse*, relatório baseado na *2015 Global Fraud Survey*, pesquisa aberta online realizada com 41.788 investigadores internos certificados (CFE's – *Certified Fraud Examiners*) no período compreendido entre julho e outubro de 2015. A perda total causada pelos casos relatados no estudo ultrapassou US\$6,3 bilhões, com uma perda média de US\$2,7 milhões por caso (ASSOCIATION OF CERTIFIED FRAUD EXAMINERS (ACFE), *Report to the Nations on Occupational Fraud and Abuse, 2016 Global Fraud Study*, 2016 [disponível em <https://s3-us-west-2.amazonaws.com/acfe-public/2016-report-to-the-nations.pdf>, acesso em 24 de setembro de 2016].

¹¹ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI). *Retratos da Sociedade Brasileira – Problemas e prioridades para 2016*, ISSN 2317-7012, Ano 5, Número 28, janeiro de 2016 [disponível em http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/cni_estatistica_2/2016/01/26/203/RetratosDaSociedadeBrasileira_28_ProblemasPrioridadespar2016.pdf, acesso em 28 de fevereiro de 2016].

¹² GLOBAL SHAPERS COMMUNITY/WORLD ECONOMIC FORUM, *Global Shapers Annual Survey 2016*, 2016 [disponível em <http://shaperssurvey.org/>, acesso em 23 de agosto de 2016].

¹³ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Corruption Perceptions Index 2016, 2017* [disponível em http://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016, acesso em 13 de fevereiro de 2017].

A reiteração dos casos de expropriação do patrimônio do Estado, principalmente pela corrupção, explicita a vulnerabilidade da Administração Pública em relação aos riscos decorrentes de sua ineficiência ou da malversação dos recursos sob sua gestão, trazendo para o centro do debate, inclusive, questões relacionadas à avaliação da gestão e do controle do setor público. Tanto Brasil como Portugal – países com ligações históricas muito profundas – possuem políticos em plena atividade que, apesar de envolvidos em casos de corrupção ou até mesmo condenados por esse tipo de prática, ainda mantêm sua popularidade e conseguem ser reeleitos.

Tal contextualização é lastro revelador da importância dos esforços acadêmicos voltados à investigação de determinantes sociais da corrupção. Dado o espectro da repercussão social, podem ser qualificados como de interesse científico preponderante estudos dirigidos à teorização das origens da corrupção e das possíveis alternativas – normativas ou estruturais – com vistas ao controle e à redução dos impactos danosos de práticas corruptivas.

Daí se extrai a relevância do tema eleito e da perspectiva de uma abordagem sistêmica do conhecimento produzido. A elaboração do saber sobre a corrupção é multigeracional e interdisciplinar. Com efeito, remontam à filosofia clássica e moderna as indagações sobre a ética e a moral e suas interfaces com o comportamento humano. Posteriormente, sucederam outras tantas teorias que servem de base para a explicitação do fenômeno. Em meio à densa produção de ideias, destaca-se notadamente o conceito de *integridade*, enquanto hipótese de eixo teórico que se associa às repercussões da corrupção e ao desafio para solução de seus produtos.

Paralelamente, a corrupção recebe atenção sob o aspecto da juridicidade uma vez que, para além das conjecturas de natureza filosófica, os axiomas da integridade pública e privada se traduzem em normas jurídicas e são refletidos em instrumentos de direito internacional e em legislações de diversos países, de natureza cível, administrativa e criminal. Nesse espaço, apresentam importância as diferenciações da incorporação de valores de integridade no âmbito governamental e empresarial. O debate acadêmico é rico nesse campo.

A formulação do presente estudo foi estimulada pelo desafio de contribuir para a ordenação dessa multifacetária perquirição sobre a corrupção, notadamente para analisar a *integridade* e a absorção dos valores que lhe subjazem. Para tanto, promoverá a exposição dos principais referenciais teóricos da filosofia que secundam a temática da corrupção, para encontrar na

dualidade corrupção *versus* integridade elemento norteador da compreensão do tema. Os capítulos subsequentes adotam uma perspectiva de direito comparado e investigam as origens e as alternativas legais encontradas para coibir os males decorrentes da corrupção nos sistemas jurídicos do Brasil e de Portugal, pontuando a transversalidade dos pactos internacionais como fontes fomentadoras e informadoras das legislações nacionais.

Algumas questões, a partir daí, deverão ser resolvidas: quais as relações existentes entre a integridade e a boa governança pública? Possuem as empresas alguma função correlacionada à evolução dos índices de percepção de um país ou essa é uma exclusiva incumbência governamental? Como podem as empresas, ao mesmo tempo, cumprir as leis vigentes, exercer um controle interno efetivo, obter o comprometimento dos funcionários contra fraudes internas e externas, fomentar os negócios com seus parceiros, inclusive a própria Administração Pública, e ainda gerar alta lucratividade?

A ciência existe para construir o saber, mas não só. Existe também para mudar a realidade naquilo que seja devido. A corrupção é, em si mesma, o exemplo mais paradigmático da inversão de valores: dissemina o descrédito nas instituições públicas e privadas, subverte acordos de lealdade, fragiliza regras de confiança social e vilipendia o mérito.

O momento atual não permite troca de acusações e transferência de responsabilidades entre os atores do sistema – o que deve ser buscado são convergências e soluções para ruptura dos processos corruptivos. É nesse sentido que este trabalho se desenvolverá.

CAPÍTULO I – A BUSCA DE UM CONCEITO DE INTEGRIDADE E SUAS RELAÇÕES COM A ÉTICA, A MORALIDADE E A CORRUPÇÃO

1 RELAÇÕES HUMANAS, VALORES E CONDUTAS

1.1 Notas introdutórias

Platão (428-348 a.C.), em um de seus diálogos mais conhecidos – *A República* –, apresenta uma longa reflexão sobre a decadência da democracia ateniense e formula um ideal de cidade justa, em nome do qual criticava a Atenas da época, considerada pelo filósofo corrupta e em declínio. Em determinada passagem do Livro I, no qual a discussão gira em torno do que é a *justiça*, Glauco convida Sócrates para debater e refutar a tese de que os homens só são justos porque temem represálias daqueles com os quais convivem e dos agentes do Estado¹⁴. Seria verdadeira a assertiva de que os homens só praticam o bem por não poderem fazer impunemente o mal? Se livres para fazer o que quiserem sem qualquer risco de punição pela sociedade e pelas leis, os indivíduos agiriam sempre com base na correção e na justiça?

O “Mito do Rei Giges”, narrado por Platão na mesma obra¹⁵, é suficiente para demonstrar que a percepção da degeneração das condutas não é recente, pois induz à conclusão de que a única força que impede as pessoas de cometerem ilícitos é o medo de serem vistas pelos outros. Giges era um pastor a serviço do rei da Lídia. Após uma tempestade seguida de um tremor de terra, o chão se abriu e ali se formou uma larga cratera onde ele apascentava seu rebanho. Surpreso e curioso, o pastor desceu até a cratera e descobriu, entre outras coisas, um cavalo de bronze, cheio de buracos através dos quais enfiou a cabeça e viu um grande homem nu que parecia estar morto. Ao avistar um belo anel de ouro na mão do morto, Giges o retirou e tratou de fugir daquele local. Mais tarde, reunindo-se com os demais pastores para fazer o relatório mensal dos rebanhos ao rei, Giges usou o anel. Após tomar seu lugar entre os pastores na assembleia, ele girou por acaso o engaste do anel para o interior da mão e instantaneamente tornou-se invisível para os demais presentes. Totalmente invisível, Giges ouviu os colegas o mencionarem como se ele ali não estivesse. Mexeu novamente o engaste do anel para fora da mão e tornou a ficar

¹⁴ Afirma o debatedor, inclusive, que “[...] ninguém é justo por sua própria escolha ou por pensar que a justiça lhe convenha pessoalmente, mas sim por necessidade, pois sempre que uma pessoa julga poder cometer uma injustiça impunemente, a comete. E isso porque todos, no fundo, acreditam ser a injustiça muito mais proveitosa para o indivíduo que a justiça. ‘E têm razão em pensar assim’, dirá o defensor da teoria que exponho. Ainda mais: se houvesse alguém que, possuindo semelhante talismã, se negasse a cometer jamais uma injustiça e a apossar-se do alheio, seria considerado, pelos que pudessem apreciar-lhe a conduta, como o mais miserável dos idiotas – embora fizessem crer que o admiravam, ocultando-se assim mutuamente os seus verdadeiros sentimentos pelo temor que teriam de ser vítimas de alguma injustiça” (PLATÃO, *A República* [Trad. Leonel Vallandro, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2016], p. 54).

¹⁵ *Id.*, *ibidem*, p. 53.

visível. Admirado com a descoberta desse poder, Giges repetiu a experiência para confirmar a magia. Seguro de si, sem titubear, ele dirigiu-se ao palácio, seduziu a rainha e, com sua ajuda, matou o rei e apoderou-se do trono, iniciando sua longa dinastia. Ao desfrutar da invisibilidade e movido pelo desejo de poder, o pastor passou a agir sem escrúpulos: seduziu, roubou e matou.

Para Platão, tanto faz colocarmos um anel desses no dedo de um homem justo ou de um homem injusto: jamais encontraremos alguém com personalidade suficientemente forte para permanecer fiel à justiça e resistir à tentação de se apoderar dos bens e dos benefícios de outrem. A alegoria é interessante exatamente para efeito comparativo com a realidade atual: o anel foi utilizado por Giges para camuflar algo que existia e não podia ser descoberto, enquanto, hodiernamente, a obscuridade dos atos administrativos e corporativos fomenta a prática de uma série de ilícitos por parte de agentes públicos e do empresariado.

Resta saber, neste particular, qual a dimensão e quais as diferenças entre conceitos que são fundamentais para a correção e a justiça de qualquer tipo de relação negocial interpessoal, seja na esfera pública ou privada – a ética, a moralidade e a integridade.

1.2 Breves noções sobre os conceitos de ética, moralidade e integridade

*Después de tantos años estudiando la ética,
he llegado a la conclusión de que toda ella se resume en tres virtudes:
coraje para vivir, generosidad para convivir, y prudencia para sobrevivir.*

Fernando Savater

Sempre representou um imenso desafio para a doutrina estabelecer uma conceituação terminológica para valores que, por sua própria essência e subjetividade, podem variar bastante dependendo das pessoas envolvidas, da época e do lugar. É exatamente o que acontece com os conceitos de ética, moralidade e integridade.

Qualquer linha jurídica ou filosófica que for adotada em tal elaboração certamente não estará livre de inúmeras críticas. Entretanto, como será demonstrado mais adiante, é fundamental a construção de um conceito mínimo em torno da palavra “integridade” para que os objetivos preconizados no presente trabalho sejam melhor compreendidos, até porque essa expressão vem referenciada em seu próprio título.

A busca desse significado será realizada de modo gradativo, partindo-se das bases da “ética”, passando-se por uma compreensão do que seja “moralidade”, até chegar, ao final, a uma tentativa de conceituação de “integridade”. Os três conceitos serão fundamentais para um melhor entendimento em torno do que representa a “corrupção”.

Todo comportamento explicita um conjunto de valores internalizados e que, efetivamente, são essenciais para a vida de qualquer ser humano. Os valores são precisamente os critérios utilizados nas escolhas diárias que representam as preferências concretas da vida de uma pessoa, ou seja, aquilo que para ela é mais importante ao longo de sua existência¹⁶. Por isso, qualquer estudo em torno da ética sempre estará vinculado a uma reflexão em torno dos valores mais elevados de que se tem notícia.

Isso ocorre porque a ética, de modo geral, está diretamente relacionada a um conjunto de valores e princípios que devem ser utilizados para orientar a conduta das pessoas e com base nos quais essa conduta é avaliada em relação a seus fins¹⁷. Assim, retidão de caráter, justiça nas decisões, respeito nos relacionamentos interpessoais e profissionais, equilíbrio e bondade são apenas algumas das características que se manifestam a partir da ética. Em sentido mais amplo, é possível afirmar que esses valores são o próprio objetivo da ética.

A ética, tradicionalmente, é entendida como uma reflexão científica, filosófica e, eventualmente, até teológica sobre os costumes e as ações humanas. Em termos conceituais, é “o estudo dos juízos de apreciação referentes à conduta humana, do ponto de vista do bem e do mal” ou “o conjunto de normas e princípios que norteiam a boa conduta do ser humano”¹⁸. Em outras palavras: no campo privado¹⁹, é o estudo geral que parte da reflexão sobre a ação humana para chegar à indicação do que é bom ou mau, correto ou incorreto, justo ou injusto, adequado ou inadequado, tendo por objetivo central a busca de justificativas para as regras propostas pela moral e pelo direito.

¹⁶ BARROS FILHO/PRAÇA, *Corrupção: Parceria degenerativa*, Campinas, Papirus 7 Mares, 2014, p. 28.

¹⁷ MARCONDES, *Textos básicos de ética*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editora, 2007, p. 40.

¹⁸ FERREIRA, *Miniaurélios: O minidicionário da Língua Portuguesa*, 7ª ed., Curitiba, Editora Positivo, 2008, p. 383.

¹⁹ Fábio Medina Osório propõe uma distinção entre ética pública e ética privada: “[...] essa última está vinculada unicamente à moral crítica e suas sanções são exclusivamente internas e autônomas. É normal e frequente questionar a validade de uma real distinção entre ética pública e privada, mas resulta evidente que o setor público está acostumado a ter uma ética específica, peculiar, em que há deveres públicos distintos dos deveres privados das pessoas” (OSÓRIO, *Teoria da improbidade administrativa – má gestão pública – corrupção – ineficiência*, 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 27).

Aristóteles (384-322 a.C.), em *Ética a Nicômaco*²⁰, já prenunciava na Grécia antiga a importância que o tema alcançaria *ad aeternum*, ocupando a mente de grandes filósofos e tornando-se disciplina obrigatória em praticamente todos os campos do saber humano. De acordo com Aristóteles, o que diferencia os homens de todos os outros seres do mundo é a capacidade que eles têm de buscar, incessantemente, com base na virtude e na excelência, melhorar a vida dos outros.

A ética, na obra de Aristóteles, não envolve apenas regras de comportamento estabelecidas a partir de ideias em torno daquilo que é certo e errado, mas sim um código de conduta social que visa o bem comum. Deveria, assim, estar gravada como cláusula pétrea na subjetividade de todos os personagens da justiça humana. Já a virtude, para o filósofo, significa educação e ação, exatamente porque, além de poder ser ensinada, ela também resulta do hábito (*ethos*, raiz do próprio termo *ética*, como lembra Aristóteles). Assim, um homem só se tornará virtuoso se praticar e exercer efetivamente as virtudes, fazendo o melhor governo de si e das coisas públicas ao seu alcance²¹.

Platão, por sua vez, no diálogo *Protágoras*²², descreve a discussão de Sócrates com Protágoras em torno da possibilidade de a virtude ser ensinada, mais especificamente a virtude política que o sofista afirmava ser a matéria em que era mestre e capaz de tornar seus alunos melhores e formar bons cidadãos. Nesse diálogo, Sócrates concorda com a ideia de Protágoras no sentido de que os princípios ordenadores da *polis* devam ser o pudor (*aidos*) e a justiça (*dikê*). A palavra “pudor” é a que mais se aproxima do vocábulo grego *aidos*, mas não expressa o seu exato sentido. *Aidos* significa um sentimento de preocupação com a opinião pública, ou seja, um temor de se passar por uma situação constrangedora, como acontece com aquele que é flagrado fazendo algo desonroso. O significado de *dikê*, por sua vez, seria o respeito por uma norma de conduta relacionada aos direitos de terceiros. Este conceito origina um senso de justiça como condição necessária para garantir a paz entre os cidadãos que resolveriam as lides por meio de julgamentos ao invés da autotutela. *Aidos* e *dikê* são, tanto para Sócrates quanto para Protágoras, virtudes essenciais para a vida em sociedade, a formação da *polis* e a paz entre os cidadãos²³,

²⁰ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco* [Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross, in *Os Pensadores*, São Paulo, Nova Cultural, 1973, vol. 4].

²¹ “Uma sociedade eticamente desenvolvida é, em primeiro lugar, uma sociedade que consegue, com base em seus processos de socialização, de educação e de construção de subjetividades, dispor seus agentes a desejar o desejável, isto é, a lutar por troféus autorizados e sem comprometer a convivência” (BARROS FILHO/PRAÇA, *op. cit.*, p. 17).

²² PLATÃO, *Protágoras* [Trad. Carlos Alberto Nunes, Pará, Universidade Federal do Pará, 1980], 319b – 320c.

²³ “322b Assim providos, inicialmente, os homens viviam dispersos e não havia cidades. Mas viam-se destruídos pelos animais selvagens, pois eram mais fracos que eles em todos os sentidos. A arte que dominavam era lhes suficiente na procura dos alimentos, mas ineficaz na luta com as feras — com efeito, faltava-lhes a arte de gerir a cidade, da qual faz parte a arte da guerra. Procuraram, então, associar-se e proteger-se, fundando cidades. Só que, ao associar-se, tratavam-se injustamente uns aos outros, já que não possuíam a arte de gerir a cidade. De modo que, novamente dispersos, se iam destruindo... 322c Zeus, então, inquieto, não fosse a nossa espécie desaparecer de todo, ordenou a Hermes que

pois os homens precisam da política para assegurar sua segurança e sua própria sobrevivência, já que é dela que provém a arte militar.

Emmanuel Lévinas, em termos mais contemporâneos, ao lançar a obra *Ética da Responsabilidade*, tratou da justiça humana partindo, antes de qualquer outra abordagem, dos sujeitos que dela participam, demonstrando, assim, que a consciência ética se antepõe ao próprio Estado, com suas leis e instituições. Talvez o maior legado de Lévinas seja a ideia de responsabilidade pelo *outro*, dentro daquilo que o filósofo chama de *rostos*: “O rosto é significação, e significação sem contexto. Quero dizer que outrem, na retidão do seu rosto, não é uma personagem num contexto”²⁴. O rosto nos conduz, desde logo, a um patamar ético de responsabilidade com o *outro*: “Mas a relação com o rosto é, num primeiro momento, ética”²⁵. A ética da responsabilidade de Lévinas pode ser traduzida, assim, não somente em um abandono de si mesmo, mas também em uma dedicação completa ao “outro” sem mesmo esperar dele uma atitude de reciprocidade. É o respeito de uns pelos outros que levará a um bom ambiente de convívio em sociedade. Isso equivale a dizer que, na prática, a virtude do Estado dependerá sempre da virtude de seus cidadãos, ou seja, o Estado só será bom se os seus cidadãos forem virtuosos.

A confiança nos outros seria, assim, o alicerce da cooperação em prol do bem comum, uma espécie de ativo que a sociologia chama de *capital social* e a economia, mais recentemente, de *capital cívico*. Entretanto, a realidade é bastante decepcionante, pois os seres humanos são, na maioria das vezes, ciumentos, gananciosos, vingativos, fraudulentos, impacientes, mal-humorados, insensíveis e sem compaixão. A percepção de que os outros são desonestos e de que a lei é leniente acaba gerando uma desconfiança generalizada que facilita o descumprimento de normas estabelecidas, já que as pessoas são induzidas a comportamentos semelhantes àqueles dos que estão ao seu redor.

É a ética que permite, por tudo isso, a elaboração de um certo número de regras que dirigem a conduta dos indivíduos para distinguir a correta e a incorreta maneira de agir. Deve ser

levasse aos homens pudor e justiça, para que houvesse na cidade ordem e laços que suscitasse a amizade. Hermes perguntou a Zeus de que modo haveria de dar aos homens justiça e pudor: ‘Distribuo-os do mesmo modo que, no início, foram distribuídas as outras capacidades? As outras ficaram assim repartidas: um médico é suficiente para muitos leigos e o mesmo acontece com os outros especialistas. Atribuo, também, justiça e pudor aos homens deste modo, ou distribuo-os por todos?’ 322d ‘Por todos — respondeu Zeus — e que todos partilhem desses predicados, porque não haverá cidades, se somente uns poucos partilharem deles, como o fazem dos outros. Estabelece, pois, em meu nome, uma lei que extermine, como se se tratasse de uma peste para a cidade, todo aquele que não for capaz de partilhar de pudor e de justiça’” (PLATÃO, *Protágoras*, *op. cit.*, 322b – 320d).

²⁴ LÉVINAS, *Ética e Infinito* [Trad. João Gama, Lisboa, Biblioteca de Filosofia Contemporânea, 2007], p. 70.

²⁵ *Id.*, *ibidem*.

encarada, assim, como uma ciência do comportamento e dos costumes com base no estudo teórico dos princípios que regem as escolhas práticas dos seres humanos.

Os princípios éticos, assim, serão fundamentais para que se possa avaliar se a conduta ou o comportamento social de algum indivíduo ou de um determinado grupo de indivíduos deve ser considerado como moral ou imoral. A moralidade envolve exatamente esse conjunto normativo formado pelos princípios éticos, pelas normas de conduta e pelos padrões de comportamento genericamente reconhecidos, explícitos e implícitos, vindo daí a clássica afirmação do escritor norte-americano Mark Twain: “Leis controlam o homem menor; as condutas corretas controlam o maior”²⁶.

Essa necessidade de *agir corretamente*, paradoxalmente, vem imposta em diversos dispositivos espalhados pelos ordenamentos jurídicos. O Código Civil Brasileiro (arts. 122²⁷, 187²⁸, 1336, inciso IV²⁹ e 1638, inciso III³⁰) e o Código Civil Português (arts. 271º, n.º 1³¹, 280º, n.º 2³², 281º³³, 334º³⁴, 465º, “a”³⁵, 2186³⁶, dentre outros), por exemplo, referem-se, repetidamente, aos *bons costumes* como pressupostos para a validade de uma série de atos jurídicos, reportando-se assim, nitidamente, às condutas consideradas no meio social como *corretas e justas*.

Moral vem do adjetivo *moralis*, que significa “relativo aos costumes”³⁷. Pela própria etimologia da palavra, fica claro que a moral diz respeito a normas de conduta, a um *dever-ser* que é utilizado para o julgamento dos atos das pessoas, possuindo, assim, um caráter deontológico. É nesse ponto que a ética se diferencia da moral: “um juízo ético refere-se àquilo que as pessoas devem fazer para viverem bem: aquilo a que devem aspirar ser e conseguir nas suas próprias vidas. Um juízo moral faz uma afirmação sobre como as pessoas devem tratar os outros”³⁸,

²⁶ “*Laws control the lesser man; right conduct controls the greater*” (tradução livre). Uma outra expressão norte-americana também muito bem representa a mesma ideia: “*lawful but awful*” (legal, mas terrível), o que significa que nem todas as condutas que encontram amparo legal atendem às bases da moralidade.

²⁷ Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos *bons costumes*; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.

²⁸ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos *bons costumes*.

²⁹ Art. 1.336. São deveres do condômino: [...] IV - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos *bons costumes*.

³⁰ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: [...] III – praticar atos contrários à moral e aos *bons costumes*; [...].

³¹ Art. 271º, n.º 1. É nulo o negócio jurídico subordinado a uma condição contrária à lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos *bons costumes*.

³² Art. 280º, n.º 2. É nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos *bons costumes*.

³³ Art. 281º. Se apenas o fim do negócio jurídico for contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos *bons costumes*, o negócio só é nulo quando o fim for comum a ambas as partes.

³⁴ Art. 334º. É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos *bons costumes* ou pelo fim social ou econômico desse direito.

³⁵ Art. 465º, “a”. O gestor deve: a) Conformer-se com o interesse e a vontade, real ou presumível, do dono do negócio, sempre que esta não seja contrária à lei ou à ordem pública, ou ofensiva dos *bons costumes*; [...].

³⁶ Art. 2186º. É nula a disposição testamentária, quando da interpretação do testamento resulte que foi essencialmente determinada por um fim contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos *bons costumes*.

³⁷ CUNHA, *Dicionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa*, 2ª ed., 17ª reimpr., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1986, p. 532.

³⁸ DWORKIN, *op. cit.*, p. 36.

vindo daí o exemplo clássico da moral da mulher de César, que não basta ser honesta – é preciso parecer honesta.

Os valores vigentes durante determinado período e em determinada sociedade é que são considerados na avaliação acerca da moralidade ou imoralidade de uma conduta. O nepotismo, v.g., era, há alguns anos atrás, uma conduta praticamente inquestionável no Brasil, sendo considerado uma *conquista* daqueles que ocupavam determinados cargos públicos. A sociedade evoluiu no sentido de passar a considerar tal conduta como imoral e, atualmente, trata-se de uma prática vedada por vários diplomas normativos. Além disso, a moralidade é avaliada apenas pelo seu aspecto externo, sendo, assim, perfeitamente possível que uma pessoa desenvolva um comportamento adequado (moral) apenas como um meio para atingir um determinado objetivo, ainda que suas ações não guardem nenhuma correspondência com os valores que no seu íntimo cultua. Assim, por exemplo, apesar de desonesto, pode um empresário não se envolver com práticas corruptas simplesmente por almejar uma boa reputação nos negócios e por não desejar ser sancionado.

Kant preocupou-se com essa instabilidade da moralidade ao estabelecer uma comparação entre os *imperativos hipotéticos*, que são sempre condicionais, e os *imperativos categóricos*, absolutamente incondicionais:

O imperativo categórico é o supremo princípio da moralidade. Enquanto os imperativos hipotéticos são necessariamente condicionais – se quiseres tal resultado, deves agir de tal modo –, o imperativo categórico é incondicional e, portanto, válido em todos os tempos e em todos os lugares. Ele comanda não diretamente as ações humanas, mas as máximas ou representações subjetivas do dever, as quais nascem em todas as consciências. De onde ele assim se formula: ‘Age unicamente segundo a máxima pela qual tu podes querer, ao mesmo tempo, que ela se torne uma lei universal’.³⁹

Entretanto, foi apenas a partir da Segunda Guerra Mundial que a humanidade passou a defender a existência de uma *moral universalizável*, fazendo avançar o constitucionalismo: o legislador, doravante, estaria vinculado a um conjunto de valores positivados expressa ou implicitamente no texto constitucional, não sendo mais livre para fazer escolhas com base no seu próprio juízo moral. Com isso, até mesmo o legislador constitucional deixou de possuir liberdade plena para positivar determinados valores: se, em uma determinada sociedade, a classe dominante pretender, por exemplo, registrar em sua constituição que o modelo estatal adotado é “injusto”,

³⁹ COMPARATO, *op. cit.*, p. 296.

haverá aí um defeito jurídico em razão de a norma não formular uma pretensão de correção ou de justiça.

Se grande parte do aprendizado na infância ocorre pela imitação dos comportamentos, a maneira mais adequada de ensinar os princípios morais é pelos bons exemplos e pela construção de responsabilidades. Uma criança que é remunerada porque obteve uma boa nota certamente estará mais suscetível a desenvolver a ideia de que o cumprimento de um dever está condicionado à obtenção de determinada vantagem financeira, o que pode acarretar a prática de um ato ilícito na idade adulta. Além disso, o adulto que não desenvolveu os princípios morais certamente enfrentará problemas profissionais, seja como servidor público ou funcionário de uma empresa privada, pois terá mais dificuldade em realizar trabalhos em grupo, em aceitar a hierarquia e a observar determinadas regras.

O senso comum nos leva à ideia de que a honestidade é uma característica daquele que observa as leis, os princípios morais e respeita os direitos de terceiros. Representaria, em outras palavras, uma obediência incondicional aos padrões de comportamento aceitos pela sociedade sob o ângulo tanto da legalidade quanto da moralidade. Daí resulta um importante questionamento: a maioria das pessoas seria honesta ou desonesta? Uma resposta rápida, a partir de elementos que coletamos instantaneamente de nosso círculo de convivência, certamente atestaria a honestidade da maioria. Bastaria, então, às empresas e aos órgãos públicos filtrarem os poucos desonestos no processo seletivo de contratação ou ao longo do exercício da respectiva profissão para eliminar completamente o risco de ocorrência de atos ilícitos e a necessidade de qualquer fiscalização? Diante da resposta obviamente negativa, surge uma outra questão: por que as regras de convivência baseadas na honestidade não são, livre e espontaneamente, obedecidas pelas pessoas?

O professor de economia da Universidade de Chicago, Gary Becker, certa vez, ao chegar atrasado para uma reunião, diante da ausência de vagas no estacionamento, decidiu estacionar ilegalmente e se arriscar a tomar uma multa. Posteriormente, ao reconhecer que havia praticado uma conduta irregular, Becker analisou o processo de raciocínio que desenvolveu naquela situação e concluiu que sua decisão havia sido tomada a partir da avaliação do custo (de ser pego, multado e eventualmente guinchado) contra o benefício de chegar pontualmente à reunião. Outra conclusão a que chegou foi no sentido de que, ao estabelecer a relação “custo *versus* benefício”, não houve espaço para considerar se sua conduta era correta ou incorreta.

Surgiu, assim, o *Simple Model of Rational Crime* – SMORC⁴⁰ (Modelo Simples do Crime Racional – MOSCR), também conhecido como “Teoria Econômica do Crime”⁴¹. Com base neste modelo, as pessoas cometem desvios comportamentais a partir de uma análise de *custo-benefício*, ou seja, elas simplesmente comparam os possíveis resultados positivos com os negativos antes de fazê-lo. Assim, por exemplo, no contexto da mentira, aquele que pretende faltar com a verdade pode rapidamente estimar qual a vantagem que ele ganhará com a mentira, qual a chance que existe de ele ser descoberto e qual a punição que ele receberá caso isso aconteça. Se os benefícios totais excederem os custos da operação, a pessoa mentirá; se a honestidade for mais benéfica, ela dirá a verdade⁴². O MOSCR apresenta, assim, uma simplória solução para diminuir a desonestidade na sociedade: deve-se aumentar os custos e os riscos para aqueles que praticam transgressões e, ao mesmo tempo, aumentar as vantagens para aqueles que agem com honestidade. Com isso, a expectativa de perda, monetária e de reputação, muito provavelmente, superará os ganhos esperados da transgressão.

Contrapondo-se ao MOSCR, Dan Ariely, a partir de uma série de experiências práticas realizadas com diversos grupos de pessoas que revelaram que a desonestidade desafia a simples lógica de pesar o custo (possível punição) e o benefício da infração (lucro ou vantagem), desenvolveu a *Teoria da Margem de Manobra*, pela qual

[...] o senso de nossa própria moralidade está interligado com a frequência de trapaça com a qual nos sentimos confortáveis. Essencialmente, trapaceamos até o nível que nos permite manter nossa autoimagem como a de indivíduos razoavelmente honestos. [...] É aqui que nossa fantástica flexibilidade cognitiva entra em ação. Graças a essa habilidade humana, desde que trapaceemos somente um pouco, podemos nos beneficiar com a trapaça e ainda nos vermos como seres humanos maravilhosos. Esse equilíbrio é o processo de racionalização e a base do que vamos chamar de ‘teoria da margem de manobra’.⁴³

O que mais contaria no momento de transgredir uma regra, assim, seria a racionalização que as pessoas fazem de sua própria imagem, pois o mais importante é a manutenção da *aparência de honestidade*, o que muito se aproxima do *autoengano* de Kant. Se pequenas infrações forem

⁴⁰ BECKER, “Crime and punishment: An economic approach”, in *The Journal of Political Economy*, vol. 76, 1968.

⁴¹ Resumidamente, a teoria econômica do crime estabelece como premissa que os indivíduos não se tornam criminosos em razão de sua origem social, ou de características pessoais, mas sim em razão das escolhas e decisões. Trata-se de uma perspectiva claramente utilitarista e consequencialista, orientada para a análise das escolhas individuais na seara criminal. [...] Gary Becker aperfeiçoou o raciocínio econômico aplicado à teoria do crime com base na escolha racional. Sua tese sustenta-se, em linhas gerais, na crença de ‘que a maioria das pessoas cometeria um ilícito apenas se a utilidade esperada percebida pelo agente excedesse a utilidade esperada do emprego de seu tempo e recursos em outras atividades, como um trabalho tradicional’. Na conhecida fórmula elaborada por Becker, a escolha pela prática criminosa ocorre quando o sujeito racional calcula que o benefício esperado com o crime (o que pode incluir não apenas o valor monetizado do ganho criminoso, mas também a satisfação de obter aquele bem) é superior ao custo esperado desse crime (o que inclui não apenas a perda dos valores eventualmente ganhos, mas também as penas a que está sujeito, sejam elas penas monetárias ou de prisão), sendo certo que os custos esperados do crime devem ser multiplicados pela probabilidade da punição (BOTTINO, “Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na Operação Lava Jato”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais* – Volume Especial, *Operação Lava Jato*, Ano 24, vol. 122, Agosto de 2016, p. 99).

⁴² Vem daí a força de importantes instrumentos de combate à corrupção, como, por exemplo, a colaboração premiada e o acordo de leniência, que serão estudados mais adiante.

⁴³ ARIELY, *A mais pura verdade sobre a desonestidade*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2012, pp. 20; 24.

comuns no grupo social ao qual pertencem, praticá-las não as tornaria, por uma autoavaliação própria, tão imorais. Ariely, assim, defende que todas as pessoas desenvolvem em si mesmas uma linha tênue segundo a qual podem se beneficiar com a desonestidade sem prejudicar a própria autoimagem. É essa habilidade humana que, segundo o mesmo autor, permite que as pessoas possam trapacear um pouco, se beneficiar da trapaça e, mesmo assim, se considerarem seres humanos honestos.

Seriam essas pessoas, entretanto, dotadas da virtude da integridade?

Em geral, quando se pensa na palavra *integridade*, é estabelecida uma relação direta com valores consolidados a partir de conceitos extraídos da ética e da moralidade⁴⁴. De um modo mais direto e específico, a integridade implica na exata correspondência entre os relevantes valores morais e a realização desses valores no momento em que, diante das situações-problema do dia a dia, uma escolha é reclamada a fim de que uma ação ou uma omissão sejam realizadas. A integridade, já por esse aspecto, se diferencia da ética: enquanto esta traz conotações mais filosóficas e intangíveis, a primeira se preocupa mais com o comportamento diário das pessoas e com o processo de tomada de decisões⁴⁵.

A integridade pressupõe uma consistência interna e externa de virtudes que impede a prática de atos incoerentes ou conflitantes com a postura pessoal abertamente assumida, ou seja, funciona em sentido oposto à hipocrisia⁴⁶. Assim, um indivíduo possuirá a virtude da integridade se suas ações ou suas omissões estiverem baseadas em uma estrutura interna de princípios éticos universais⁴⁷, gerando uma sensação interna de totalidade, de paz com o próprio espírito e de liberdade em relação a quaisquer influências externas. É nesse ponto que a integridade se diferencia da moralidade, apesar de, no plano exterior, a conduta daquele que age com integridade se confundir com a daquele que age com moralidade. Merece referência, a esse respeito, o trabalho de Lawrence Kohlberg⁴⁸, que dividiu o desenvolvimento moral em seis estágios. Para melhor visualização, basta imaginar a situação em que o prefeito de uma cidade recusa a oferta de uma empresa de construção local de patrocinar o time de futebol em que seu

⁴⁴ KILLINGER, *Integrity: Doing the Right Thing for the Right Reason*, 2nd ed., Montreal & Kingston/London/Ithaca, McGill-Queen's University Press, 2010, p. 12.

⁴⁵ HUBERTS, *The integrity of governance – What it is, what we know, what is done, and where to go*, Cambridge, Palgrave Macmillan, 2014, p. 1.

⁴⁶ LUCAITES/CONDIT/CAUDILL, *Contemporary rhetorical theory: A reader*, New York, Guilford Press, 1999, p. 92.

⁴⁷ MACCALLUM, *Legislative Intent and Other Essays on Law, Politics, and Morality*, ed. by Marcus G. Singer and Rex Martin, London, University of Wisconsin Press, 1993, p. 152; PILLAI, *Essence of a Manager*, London/New York, Springer Science & Business Media, 2011, p. 163.

⁴⁸ KOHLBERG, *The Philosophy of Moral Development*, San Francisco, Harper and Row, 1981.

filho joga. As possíveis razões para essa recusa indicam as linhas de raciocínio que pertencem a cada uma das seis fases do desenvolvimento moral:

(a) Primeiro nível – *pré-convencional*:

a.1 Obediência e punição: o prefeito tem medo de ser sancionado se for descoberto.

a.2 Interesse próprio ou egoísmo: a descoberta poderá manchar sua carreira política.

(b) Segundo nível – *convencional*:

b.1 Conveniência interpessoal e conformidade: o prefeito espera que a divulgação de sua recusa gere uma mídia positiva para ele e seu partido.

b.2 Autoridade e manutenção da ordem social: porque o governador do Estado favorece os governos locais que sejam mais éticos.

(c) Terceiro nível – *pós-convencional*:

c.1 Contrato social: porque o código de conduta municipal, ainda em discussão, proibirá a aceitação de qualquer tipo de presente por agentes públicos.

c.2 Princípios éticos universais: o prefeito identifica que estão em jogo os valores da independência e do interesse público.

Em todas as seis hipóteses, a conduta externa do prefeito é a mesma, qual seja, *recusar a oferta de patrocínio*, e isso é o quanto basta para atender à moralidade no campo jurídico. Entretanto, apenas na última terá ele agido com integridade. Esse quadro reforça a posição de Kant no sentido de que, para que se possa agir livremente, é preciso agir com autonomia, ou seja, de acordo com a lei que cada pessoa impõe para si própria, e não de acordo com os ditames da natureza, de controles externos ou de convenções sociais⁴⁹. Michael J. Sandel, aliás, bem resume essa importante linha do pensamento de Kant para a integridade:

Quando agimos com autonomia e obedecemos a uma lei que estabelecemos para nós mesmos, estamos fazendo algo por fazer algo, como uma finalidade em si mesma. Deixamos de ser instrumentos de desígnios externos. Essa capacidade de agir com autonomia é o que confere à vida humana sua dignidade especial. Ela estabelece a diferença entre pessoas e coisas. [...] O que importa é fazer a coisa certa porque é a coisa certa, e não por algum motivo exterior a ela. ‘Uma boa ação não é boa devido ao que dela resulta ou por aquilo que ela realiza’, escreve Kant. Ela é boa por si, quer prevaleça quer não. ‘Mesmo que [...] essa ação não consiga concretizar suas intenções; que apesar de todo o seu esforço não seja bem-sucedida [...] ainda assim continuará a brilhar como uma joia, como algo cujo valor lhe seja inerente.’⁵⁰

⁴⁹ SANDEL, *op. cit.*, p. 141.

⁵⁰ *Id.*, *ibidem*, p. 143.

Daí a compreensão do motivo pelo qual a palavra integridade tem por origem o vocábulo *integer*, que, no latim, significa “integral” ou “inteiro” – uma pessoa íntegra é aquela que não está dividida, ou seja, é uma pessoa completa, com inteireza de caráter, com todas as suas peças funcionando bem e realizando as funções esperadas, sempre de acordo com os mesmos padrões éticos, independente das circunstâncias, seja em um ambiente público ou em um ambiente estritamente privado.⁵¹

Um sistema de observação comparativa também pode funcionar como elemento significativo de identificação da integridade, bastando que, para tanto, seja realizada a constatação da presença ou da falta de vinculação entre os valores abstratos e a conduta. A presença de bons valores pode até parecer presente em uma determinada pessoa durante determinado período de tempo, principalmente em razão de seu discurso, mas sua integridade somente restará consolidada a partir do momento em que tais valores forem concretamente aplicados na tomada de decisões-chave.

Pode-se descrever uma pessoa como íntegra na medida em que todas as suas crenças, métodos, medidas e princípios derivarem de um único núcleo de valores, ou seja, de uma *lei universal*⁵² imposta a ela própria, com reflexos em todas as suas ações. A integridade, por isso, não autoriza que uma pessoa aja de modo contrário a uma regra que ela própria deseja ver seguida universalmente⁵³. O indivíduo que quer um mundo livre de ladrões, por exemplo, não pode furtar; que se queixa da sujeira nas ruas da cidade não pode jogar lixo na via pública; que reclama da corrupção pública não pode sonegar impostos ou receber vantagens indevidas.⁵⁴ É nesse ponto que se realça uma das principais características da integridade – a coerência:

⁵¹ O filósofo grego Heráclito já ensinava que “[a] alma é pintada pelas cores de seus pensamentos; pense apenas aquilo que esteja de acordo com seus princípios e que possa ser exposto à luz do dia. A qualidade do seu caráter é uma escolha sua. Dia a dia, o que você escolhe, o que pensa e faz é o que você se torna. Sua integridade é seu destino (CHOPRA, *Liderando pelo exemplo: Os 10 princípios fundamentais dos líderes de sucesso* [Trad. Paulo Polzonoff Júnior, Rio de Janeiro, Elsevier, 2012], p. 94).

⁵² “A nossa própria vontade, na medida em que agisse só sob a condição de uma legislação universal possível pelas suas máximas, esta vontade que nos é possível na ideia, é o objecto próprio do respeito, e a dignidade da humanidade consiste precisamente nesta capacidade de ser legislador universal, se bem que com a condição de estar ao mesmo tempo submetido a essa mesma legislação” (KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes* [Trad. Paulo Quintela, Lisboa, Edições 70, 2007], p. 85).

⁵³ “Pretenda você o que pretender, sua conduta deve ser regida por essa operação racional apresentada pelo filósofo Kant. Diz ele que devemos agir de tal maneira que o princípio que rege nossas condutas se converta em princípio universal de condutas. Que qualquer um, para agir, possa fazer o cálculo que você fez. Possa pensar como você pensou. Possa raciocinar como você raciocinou. Em outras palavras, a maneira de decidir a própria conduta deve ser a mesma para qualquer um. Princípio da universalidade. Faça de tal maneira que qualquer um possa proceder da mesma forma. Ora, o imperativo categórico se traduz em outros por inferência. Já que devemos agir de tal maneira que nosso procedimento seja adotável por qualquer um, então, é de concluir que devemos agir de maneira que todos saibam como fizemos, procedemos e deliberamos. Princípio da publicidade” (BARROS FILHO/PRAÇA, *op. cit.*, pp. 58-59).

⁵⁴ “É difícil, para os brasileiros, reconhecer que qualquer sociedade democrática, hoje, requer reciprocidade. Kant, com seu imperativo categórico, revolucionou a ética ao dispensar Deus: cada vez que ajo, dizia ele em outras palavras, estou asseverando que todas as pessoas deveriam agir da mesma forma. Minhas ações assim portam uma opinião, uma sentença sobre o que deve ser feito. No meu agir, está implícito um discurso” (RIBEIRO, “É possível superarmos a cultura das transgressões?”, in *Cultura das Transgressões no Brasil: Cenários do Amanhã*, São Paulo, Saraiva, 2011, pp. 106-107). Uma expressão americana é muito difundida no meio empresarial para ilustrar essa questão: “walk the talk”, ou seja, qualquer pessoa deve praticar no seu cotidiano aquilo que prega em seu discurso.

Viver a vida é representar um papel em uma jornada narrativa que aspira a uma certa unidade ou coerência. Quando me vejo diante de vários caminhos a seguir e devo escolher um deles, tento descobrir qual dará mais sentido à minha vida como um todo e a tudo aquilo que é importante para mim. A deliberação moral tem mais a ver com a interpretação da história da minha vida do que com o exercício da minha vontade. Ela envolve escolha, mas a escolha resulta da interpretação; ela não é um ato soberano de vontade.⁵⁵

Uma pessoa dotada de integridade, por coerência, jamais agirá de forma contrária aos valores que ela própria cultua, ainda que a escolha seja profundamente difícil⁵⁶ e ninguém esteja observando. A esse respeito, inclusive, Kant propõe o seguinte: “São injustas todas as ações que se referem ao direito de outros homens, cujas máximas se não harmonizem com a publicidade”⁵⁷. Isso significa, em outras palavras, que tudo aquilo que não se puder contar como fez, não se deve fazer, eis que, se há razões para não contar, essas são as mesmas razões para não fazer.

A autenticidade⁵⁸ e a reciprocidade entre discurso e conduta, por isso, são características inseparáveis da integridade: aqueles que vivem suas vidas com integridade permitem que suas ações demonstrem aquilo que são e aquilo que acreditam, independentemente do cargo ou da posição que ocupem. É da essência da integridade, aliás, a completa impossibilidade de abertura de exceções a uma determinada pessoa ou grupo. Se no plano legal todos são iguais perante a lei, mesmo aqueles que estiverem ocupando altos cargos na Administração Pública deverão, de acordo com a concepção de integridade, se sujeitar às mesmas regras aplicáveis a todo e qualquer cidadão.

A transparência não se revela como um valor de grande importância para quem é íntegro, pois sua conduta sempre será a mesma, esteja ele em um ambiente iluminado ou escuro: o anel de Giges, assim, não teria qualquer significado e nem mudaria a conduta desse tipo de pessoa. Isso faz com que o indivíduo íntegro seja, ao mesmo tempo, previsível e vulnerável, na medida em que seus opositores conseguem antever a escolha que por ele será realizada em determinado caso concreto, preparando a devida reação. A integridade, em contrapartida, traz consigo a

⁵⁵ SANDEL, *op. cit.*, p. 274.

⁵⁶ “Defendemos que, em última instância, sempre resta a soberania para dizer não. Escolher critérios decisórios entendidos protetivos do bem comum e rechaçar aqueles que beneficiam apenas um eventual agente corruptor. Se corromper é condição de pertencimento, pois que se prefira a exclusão. Se for condição de vitória, que se decida pela derrota. Se for condição de glória, que se opte pelo anonimato, porque somos todos dotados dessa alternativa existencial. A de dizer não ao próprio ganho em nome de qualquer outra coisa que julgemos mais valiosa” (BARROS FILHO/PRAÇA, *op. cit.*, p. 55).

⁵⁷ “Este princípio não se considerará apenas como ético (pertencente à doutrina da virtude), mas também como jurídico (concernente ao direito dos homens). Pois, uma máxima que eu não posso manifestar em voz alta sem que, ao mesmo tempo, se frustrasse a minha própria intenção, que deve permanecer inteiramente secreta se quiser ser bem sucedida, e que eu não posso confessar publicamente sem provocar de modo inevitável a oposição de todos contra o meu propósito, uma máxima assim só pode obter a necessária e universal reacção de todos contra mim, cognoscível a priori, pela injustiça com que a todos ameaça. – É, além disso, puramente negativa, ou seja, serve apenas para conhecer por seu intermédio o que não é justo em relação aos outros” (KANT, *A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico* [Trad. Artur Morão, Covilhã, Universidade da Beira Interior, 2008], pp. 46-47).

⁵⁸ “Autêntico é aquilo que coincide com ele mesmo, isto é, que não é simulacro ou imitação, ou fingimento, ou dissimulação. Em outras palavras, autêntico é que não perde inteireza e integridade” (CORTELLA/BARROS FILHO, *op. cit.*, p. 46).

lealdade, o que leva à obtenção do respeito e da confiança dos colegas de trabalho⁵⁹, dos familiares e dos amigos. Étienne de La Boétie, aliás, em obra escrita em 1546, já pregava que a amizade, no exato sentido da palavra, só pode existir entre pessoas íntegras:

A amizade é um sentimento sagrado, uma coisa santa. Só existe entre pessoas de bem. Nasce da estima mútua e se alimenta não tanto dos benefícios quanto dos bons costumes. O que dá a um amigo a certeza da amizade do outro é o conhecimento de sua integridade. Tem como garantias sua bondade natural, sua fidelidade, sua constância. Não pode haver amizade em que se encontrem a crueldade, a deslealdade, a injustiça. Quando os maus se reúnem há uma conspiração, não uma sociedade. Não se amam, mas se temem. Não são amigos, mas cúmplices.⁶⁰

É claro que, em um mundo de valores tão distorcidos, muitas vezes a integridade trará consigo para aquele que segue o seu traçado o sofrimento derivado da injustiça. Essa sensação, entretanto, sempre será superada pelo desejo de estrita observância dos valores eleitos e defendidos, razão pela qual nem mesmo o sofrimento poderá levar o indivíduo íntegro à incoerência. Se isso ocorrer é porque os valores não estavam bem consolidados na própria essência e, por essa razão, ainda não havia a completude necessária à integridade.

São as escolhas éticas do dia a dia que moldam o caráter dos cidadãos e, por isso, a manutenção da integridade exige esforço e atenção permanentes em relação às escolhas que são feitas ao longo da vida, dadas as imensas pressões que o mundo moderno, extremamente competitivo, impõe sobre toda e qualquer pessoa. A melhor forma de prevenir um desvio de conduta é saber que qualquer indivíduo pode a ele estar exposto, em maior ou menor escala, dependendo das condições econômicas ou do meio social, familiar ou profissional. É também fundamental, ao mesmo tempo, a rejeição, *prima facie*, de todas as desculpas prontas que normalmente são utilizadas para as condutas indevidas. Os indivíduos, de modo geral, têm pleno discernimento em torno do que é certo ou errado e racionalizam seus atos quando se deparam com um dilema ético envolto em uma determinada escolha. Nessas condições, rejeitado conscientemente o caminho da integridade, eles precisarão justificar para terceiros e para si próprios (*autoengano*) que aquela conduta não é ilegal ou imoral ou, se inevitavelmente o for, precisarão amenizar os seus impactos, *flexibilizando* os próprios padrões éticos com argumentos diversos.

Alguns se comparam com outras pessoas que praticam atos muito piores para chegar à conclusão de que não são tão maus assim e, além disso, concluem que, se alguém tiver que ser

⁵⁹ “Quando alguém ao meu redor sofre ataques injustos, não poupo esforços para tornar essa pessoa mais importante. Passo mais tempo com ela e, caso seja algum membro de minha equipe, vejo se há algum meio de promovê-la ou de mencioná-la em algum discurso, para mostrá-lhe como a temos em alta conta” (GIULIANI, *O líder: A autobiografia do mais famoso prefeito de Nova York* [Trad. Afonso Celso da Cunha Serra, Rio de Janeiro, Campus, 2002], p. 219).

⁶⁰ DE LA BOÉTIE, *Discurso da Servidão Voluntária* [Trad. Casemiro Linarth, 2ª ed., São Paulo, Martin Claret, 2009], p. 71.

punido, esses outros “piores” deverão estar à frente na fila. Quando se deparam com alguém que, na mesma situação, não fez a mesma escolha errada e se manteve íntegro, procuram de alguma forma denegrir a imagem dele para trazê-lo para a vala comum e, assim, encontrar o próprio conforto espiritual. Há aqueles que se confortam pela análise de que aquele ilícito não prejudica ninguém diretamente, fechando os olhos para a percepção de que todo o tecido ético de uma organização ou do meio social sai enfraquecido de cada vez que um ato compromete a integridade. Outros procuram se convencer até de que estão “fazendo o bem”, quando, por exemplo, pagam propina a funcionários públicos considerando “os baixos salários que os mesmos recebem”. Os desvios de conduta, algumas vezes, ainda são justificados pela necessidade de manutenção do emprego – quando um profissional está envolvido em um trabalho significativamente competitivo, por exemplo, a tentação de comprometer sua integridade e racionalizar o que deve ser feito para atingir uma meta é abundante. Essa justificativa, aliás, muitas vezes vem fortalecida por uma outra muito comum: a de que todos que estão ao redor agem daquela maneira, ou seja, “toda a gente faz isso”.

Rompida a barreira da integridade pela primeira vez, as pessoas passam a cometer pequenos desvios naturalmente ou passam a repetir qualquer desses pseudo argumentos para justificá-los. Após um certo tempo, as escolhas contrárias à integridade tendem a se aprimorar e a se perpetuar – quanto mais tempo alguém permanece impune, mais confiante se torna em permanecer envolto às práticas ilícitas. Basta, portanto, uma única escolha equivocada para que seja destruída uma vida inteira de integridade, pois, se a coerência falha uma só vez, a integridade desaparece completa e imediatamente, sendo necessário, a partir daí, um longo e difícil caminho de recuperação.

Nesse processo contínuo de escolhas que são realizadas durante a existência de qualquer indivíduo, eventuais dúvidas podem ser sanadas a partir das respostas que devem ser dadas a duas perguntas, sendo que, se uma delas for negativa, a escolha deve ser descartada. A primeira seria: “eu me sentiria bem comigo mesmo após esta escolha”? E a segunda: “eu me sentiria bem comigo mesmo se minha escolha fosse de conhecimento público”? A linha do pensamento de Kant não é diferente, pois, para o filósofo,

[...] uma máxima que eu não posso manifestar em ‘voz alta’ sem que ao mesmo tempo se frustre a minha própria intenção, que deve permanecer inteiramente ‘secreta’ se quiser ser bem-sucedida, e que eu não posso ‘confessar publicamente’ sem provocar de modo inevitável a oposição de todos contra o meu propósito, uma máxima assim só pode obter a

necessária e universal reação de todos contra mim, cognoscível *a priori* pela injustiça com que a todos ameaça.⁶¹

É por isso que aqueles que são íntegros normalmente também valorizam muito a opinião alheia, subjugando seus atos ao controle prévio de terceiros para, pelo menos, mitigar o cometimento de injustiças. Ao mesmo tempo, por mais ambíguo que isso possa parecer, possuem uma personalidade forte, uma autoestima elevada e são autoconfiantes. Essas últimas características são fundamentais, pois, em determinados casos, o indivíduo íntegro precisa resistir à pressão de uma maioria não apenas para preservar os valores por ele defendidos, mas também para garantir e preservar a escolha certa.

O oposto da integridade é a tibieza, vício próprio de alguém que tem um caráter fraco e, por isso, se dobra com facilidade, se vende e se coloca a serviço daquilo em que não necessariamente acredita, mas porque dali extrai algum benefício ou vantagem⁶². A expressão tem origem no latim *tepidus*, sendo que a correspondente palavra na língua portuguesa – tépido – é utilizada para indicar “aquilo que tem pouco calor, é ligeiramente morno”. Uma pessoa tépida, assim, é aquela que se esconde das escolhas ou da adoção de posturas firmes exatamente porque está sempre em busca do conforto do *caminho do meio* ou de não criar indisposições em prol de manter algum tipo de privilégio. Exatamente por isso, há referências filosóficas no sentido de que a tibieza em muitas situações se aproxima da mediocridade:

Nesse sentido, para não ser morno, é preciso ser radical. Cuidado! Em nosso vocabulário usual é feita uma oportunista confusão entre radical e sectário. Radical é aquele – como lembra a origem etimológica – que se firma nas raízes, isto é, que não tem convicções superficiais, meramente epidérmicas; radical é alguém que procura solidez nas posturas e decisões tomadas, não repousando na indefinição dissimulada e nas certezas mediócras. Por sua vez, o sectário é o que é parcial, intransigente, faccioso, ou seja, aquele que não é capaz de romper com seus próprios contornos e dirigir o olhar para outras possibilidades. [...] A sabedoria para equilibrar essas inquietações pode ser encontrada na reflexão feita no século 5 a.C. pelo filósofo chinês Confúcio: ‘Eu sei por que motivo o meio-termo não é seguido: o homem inteligente ultrapassa-o, o imbecil fica aquém’. Radicalidade é uma virtude; o vício está na superficialidade.⁶³

Por esse motivo, para desenvolver e proteger a integridade e, ao mesmo tempo, evitar a tibieza, o indivíduo deve cultivar um campo de força ao seu redor e estabelecer relações estreitas apenas com outras pessoas que também vivam em torno dos mesmos valores, principalmente para que

⁶¹ KANT, *A paz perpétua e outros opúsculos* [Trad. Artur Morão, Lisboa, Edições 70, s.d.], p. 165.

⁶² Na primeira parte da obra *A Divina Comédia*, denominada “Inferno”, há uma passagem em que os Tíbios são retratados por Dante Alighieri. “A justiça os despreza”, explica o personagem Virgílio ao narrador. E continua: “Deles não cogitemos – olha, e passa” (*non ragionam di lor, ma guarda e passa* – Inferno, III-51). ALIGHIERI, *A Divina Comédia* [Trad. Cristiano Martins, Belo Horizonte, Itatiaia, 1976].

⁶³ CORTELLA, *Não espere pelo epítáfio...*, Petrópolis, Editora Vozes, 2005, p. 15-16.

isso possa fortalecer o escudo de defesa contra as ameaças e pressões de uma maioria interessada em desvirtuar os bons valores em determinado ambiente.

Apesar da força que lhe é ínsita⁶⁴, o indivíduo dotado de integridade, como todo o ser humano, é falível e, por isso, ele pode cometer equívocos mesmo diante de sua imensa vontade de acertar. A integridade não é uma neurose que idealiza indivíduos perfeitos e imunes a qualquer tipo de falha, mas sim uma virtude diretamente vinculada à permanente boa-fé nos atos da vida diária. O superdimensionamento da integridade, aliás, pode ser tão prejudicial quanto a falta dela, naquilo que Leo Huberts chama de *integritismo*⁶⁵. A integridade, por isso, convive em perfeita harmonia com os erros que naturalmente podem ser cometidos ao longo do percurso de qualquer existência⁶⁶, sendo que a imediata assunção da responsabilidade pela falha pessoal e, se for o caso, o desejo expresso de reparar eventual prejuízo causado se apresentam como explícitas demonstrações da existência de bons valores, como, aliás, Kant já sugerira.

É exatamente neste ponto que se estabelece a diferença entre moralidade e integridade: uma pessoa só pode ser considerada íntegra quando, mesmo possuindo poder e estando livre de qualquer punição, age com base na moral, na virtude e na justiça, ou seja, age simplesmente com motivação pelo dever; por outro lado, há aquele que, apesar de externar conduta semelhante à do íntegro, age apenas por um interesse próprio, para satisfazer suas vontades e preferências pessoais, por receio de ser flagrado ou pela possibilidade de sofrer um constrangimento social, se comporta apenas de acordo com aquilo que Kant denominou de *motivos de inclinação*⁶⁷ e, assim, não é dotado de integridade. Haveria, nesta hipótese, pelo

⁶⁴ “Uma das palavras cujo significado se aproxima de caráter ou integridade é a palavra hebraica que é traduzida como ‘virtude’. Se você examinar a etimologia e a semântica, verá que um dos significados é ‘força’. Uma pessoa de virtude é uma força, e uma força sempre causa um efeito. Quando um furacão passa por uma cidade, dá para ver seus efeitos. Quando o vento sopra sobre a água, ou através das folhas das árvores, podemos ver os efeitos de sua força. Da mesma forma, quando você passa pela vida, por uma empresa ou organização, sua carreira, seus relacionamentos e seu caráter serão uma força” (CLOUD, *Integridade: A coragem de enfrentar as demandas da realidade* [Trad. Denise Avalone, São Paulo, Vida Nova, 2011], p. 40).

⁶⁵ “To put it simply, an employee can do something wrong, can make mistakes, even stupid mistakes, without committing an integrity violation. When this distinction becomes too blurred, an organization loses sight of what is morally important and what is not. In those cases, ‘integrity’ is misused (which, by analogy to moralism, can be termed ‘integritism’). Such a blurring can have very negative consequences. Employees can become too afraid to take any risk of doing something wrong; they become paralyzed, with good reason, by the idea that making a mistake might lead to an investigation that questions their integrity” (HUBERTS, *op. cit.*, 2014, pp. 10-11). Tradução livre: Tratando da questão de maneira simples, um empregado pode fazer algo errado, pode cometer erros, mesmo erros estúpidos, sem cometer uma violação de integridade. Quando esta distinção se torna demasiado turva, uma organização perde de vista o que é moralmente importante e o que não é. Nesses casos, a “integridade” é mal utilizada (o que, por analogia ao moralismo, pode ser denominado “integritismo”). Tal indefinição pode ter consequências muito negativas. Os funcionários podem tornar-se sobremaneira temerosos de assumir qualquer risco de fazer algo errado; eles ficam paralisados, com razão, pela ideia de que cometer um erro pode levar a uma investigação que venha a questionar a sua integridade.

⁶⁶ “Não diremos, contudo, que o virtuoso é infalível. Mas a virtude implica uma capacidade de retificações espontâneas, o reconhecimento leal dos próprios erros, como uma lição para si mesmo e para os outros, a firme retidão da conduta interior” (INGENIEROS, *O Homem Mediocre* [Trad. Douglas Dias Ferreira, São Paulo, Quartier Latin, 2004], p. 127).

⁶⁷ SANDEL, *op. cit.*, p. 144. O mesmo autor, na mesma obra e página, explica melhor o pensamento do filósofo prussiano: “Kant nos dá vários exemplos que evidenciam a diferença entre dever e inclinação. Um deles trata do comerciante prudente. Um freguês inexperiente – digamos, uma criança – entra em uma mercearia para comprar um pão de forma. O dono da loja poderia cobrar-lhe um valor mais alto – mais alto do que o normal para um pão de forma – e a criança nada perceberia. Mas o comerciante calcula que, se outras pessoas descobrirem que ele tirou proveito da inocência de uma criança dessa forma, o caso poderá chegar ao conhecimento geral e prejudicar seu comércio. Por essa razão, ele resolve não explorar a criança e cobra o preço justo. No caso, o lojista fez a coisa certa, porém pelo motivo errado. Seu único motivo para agir honestamente em relação à criança foi a proteção da própria reputação”.

menos no aspecto externo, uma similitude entre a conduta do íntegro e a do não-íntegro, apesar de ambos serem completamente diferentes na essência. É nesse sentido que os controles mais apurados e a transparência acabam por constituir ferramentas imprescindíveis para moldar o comportamento daqueles que não possuem integridade para que, pelo menos, eles realizem suas ações dentro dos padrões morais vigentes.

Extraí-se daí uma importante conclusão no sentido de que a “honestidade pela honestidade” se diferencia da “honestidade voltada para benefícios de natureza prática”. Luis Moreno-Ocampo, ex-Procurador-Geral do Tribunal Penal Internacional, em palestra ministrada no I Congresso Mundial do Ministério Público⁶⁸, classificou os membros de qualquer organização, pública ou privada, em “verdes”, “amarelos” e “vermelhos”. Para explicar sua classificação, Moreno-Ocampo se valeu da seguinte metáfora: em uma sala hermeticamente fechada, haveria uma cadeira, uma mesa repleta de dinheiro alheio e uma câmera filmando todas as ações. Um indivíduo “verde” pode ficar um longo período de tempo na sala, inclusive com a câmera desligada, e jamais subtrairá qualquer valor; o “amarelo”, se possuir a certeza de que a câmera está desligada e que jamais poderá ser responsabilizado, não hesitará em desviar uma parcela daquela importância em proveito próprio, pois a oportunidade pecuniária desperta seu apetite e o impele a se revelar; o “vermelho”, por fim, não apenas desviará todo o dinheiro como também subtrairá a câmera.

Na alegoria de Moreno-Ocampo, fica nítido que os “verdes” são os íntegros, os quais são reconhecidos por sua capacidade de renunciar a qualquer benesse que tenha por preço uma partícula mínima de sua dignidade; os “amarelos” são os tíbios, que trocam sua honra por uma benesse, guardando à chave sua dignidade para evitar algum risco; e os “vermelhos” são aqueles completamente desonestos e sem nenhum pudor. A representação em cores se mostra interessante porque pode explicar uma série de situações que podem ocorrer no âmbito das organizações: se assume a chefia um “verde”, os subordinados “amarelos” assumem um tom esverdeado para seguir a linha adotada por seu superior hierárquico, ou assumem um tom avermelhado caso esteja à frente do setor um “vermelho”, como melhor explicam Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka:

Kleptocrats may face additional problems of bureaucratic control not faced by benevolent rulers. Corruption at the top creates expectations among bureaucrats that they should share in the wealth and reduces the moral and psychological constraints on lower-level

⁶⁸ Promovido pela Associação Paulista do Ministério Público e realizado em São Paulo, Brasil, no período compreendido entre 20 e 23 de setembro de 2000, com o tema “*O combate à criminalidade no Brasil e no mundo*”. O evento reuniu mais de mil membros do Ministério Público Brasileiro e de outros 40 países.

officials. Low-level malfeasance that can be kept under control by an honest ruler may become endemic with a dishonest ruler.⁶⁹

José Ingenieros, em obra escrita no início do século XX e ainda bastante atual, também segue a mesma linha ao identificar a existência de indivíduos virtuosos (portadores de ideais), honestos (moralmente medíocres⁷⁰) e corruptos (inválidos morais):

O portador de um ideal segue por caminhos retos, sem reparar se são ásperos ou íngremes. Jamais transige movido por interesses vis; dispensa o mal quando concebe o bem; desconhece a duplicidade; ama na Pátria todos seus concidadãos e sente vibrar, na própria, a alma de toda a humanidade; sua sinceridade provoca calafrios nos hipócritas de seu tempo, e diz a verdade em estilo tão seu que suas palavras não poderiam ser de ninguém mais; tolera nos outros os erros sinceros, lembrando-se dos próprios; ante a indignidade se enfurece, e então suas palavras ganham ares de apocalipse e eficácia de catapulta; acredita em si mesmo e em seus ideais, sem pactuar com os preconceitos ou dogmas de quem o acossa furiosamente por todos os lados.

[...]

O honesto, ao contrário, é passivo, circunstância que lhe garante um nível moral superior ao do corrupto, embora permaneça por baixo daquele que pratica ativamente uma virtude e orienta sua vida para um ideal. Limita-se a cumprir as leis por temer as penas que ameaçam quem as viola, mantendo a honra para não enfrentar as consequências advindas de sua perda. Não são delinquentes, mas incapazes de se manterem honestos; pobres almas, de caráter claudicante e vontade relapsa, não sabem cavar trincheiras seguras contra os fatos ocasionais, às sugestões do meio, à tentação do lucro fácil e ao contágio da imitação. Estes indivíduos, de moralidade incompleta, delirante, acidental ou alternante, representam as etapas da transição entre a honestidade e o delito, a zona de interferência entre o bem e o mal, socialmente considerados.

[...]

Comparado ao inválido moral, o homem honesto parece uma joia rara. Essa distinção é necessária; há de fazê-la em seu favor, certos de que ele a reputará honrosa. Se é incapaz de ideal, também o é de um crime descarado; sabe disfarçar seus instintos, encobre o vício, esquiva-se ao delito apenado pelas leis. Nos outros, ao contrário, toda perversidade brota à flor da pele, como uma erupção pustulenta; são incapazes de se sustentar na hipocrisia, como os idiotas de embarcar na rotina. Os honestos se esforçam para merecer o purgatório; os delinquentes já se decidiram pelo inferno, investindo sem escrúpulos nem remorsos contra o sistema de preconceitos e leis que a sociedade lhes impõe.⁷¹

Por tudo isso, ao contrário da integridade, a honestidade por si só não pode ser considerada uma virtude, embora também não seja um vício. Ilustração assemelhada, com categorização das pessoas nas mesmas três espécies, é apresentada por Dan Ariely ao narrar a resposta dada por um chaveiro ao seu cliente que perdeu as chaves e se surpreendeu com a velocidade pela qual foi aberta a porta de sua casa:

⁶⁹ ROSE-ACKERMAN/PALIFKA, *Corruption and government: Causes, consequences, and reform*, 2nd ed., New York: Cambridge University Press, 2016, p. 284. Tradução livre: Os cleptocratas podem enfrentar problemas adicionais de controle burocrático não enfrentados por governantes mais benevolentes. A corrupção no topo da pirâmide cria expectativas entre os burocratas com quem eles devem repartir a riqueza e reduz os constrangimentos morais e psicológicos nos funcionários menos categorizados. As prevaricações ao nível mais baixo da Administração Pública podem ser mantidas sob controle de um governante honesto e podem tornar-se endêmicas com um governante desonesto.

⁷⁰ “J’ai vu le fond de ce qu’on appelle les honnêtes gens, c’est hideux. La question est de savoir s’il y a des honnêtes gens, quand l’intérêt ou la passion est en jeu” (TALLEYRAND-PÉRIGORD, *La Confession de Talleyrand, V. 1-5 – Mémoires du Prince de Talleyrand*, A Public Domain Book, Mon Bréviaire, Principes et Maximes, Kindle Edition, 2007). Tradução livre: Espiei o íntimo daqueles que se dizem ‘gente honesta’, é repugnante. A questão é saber se há pessoas honestas, quando o interesse e a paixão estão envolvidos.

⁷¹ INGENIEROS, *op. cit.*, pp. 125; 130; 132; 138; 282-283.

[...] as fechaduras estão nas portas apenas para manter honestas as pessoas honestas. ‘Um por cento das pessoas sempre será honesto e nunca roubará’, disse o chaveiro. ‘Outro um por cento sempre será desonesto e tentará arrombar sua fechadura e roubar a televisão. O resto será honesto desde que as condições sejam favoráveis; mas, se as tentações forem suficientemente grandes, também serão desonestos. As fechaduras não o protegerão dos ladrões, que conseguem entrar em sua casa se realmente quiserem. Elas só vão protegê-lo da maioria honesta que poderia ficar tentada a entrar na sala casa se não houvesse fechadura⁷².

Isso demonstra que todo e qualquer controle, em qualquer entidade ou instituição, deve ser direcionado aos funcionários “amarelos”, enquanto os “vermelhos” devem ser identificados e expurgados. Como os “verdes” se autocontrolam e apenas agregam valores positivos, fica evidente a importância do fomento da integridade para o bom funcionamento da Administração Pública e das organizações empresariais, como se tentará demonstrar neste trabalho.

2 A CORRUPÇÃO E SEUS REFLEXOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

2.1 O desafio de conceituar “corrupção”

Alguns autores afirmam que definir *corrupção* é quase um trabalho de Sísifo, já que o fenômeno ultrapassa a dimensão jurídica e alcança também o âmbito da sociologia, da política e das relações transnacionais. Entretanto, há mais de 250 anos, Samuel Johnson, em seu pioneiro dicionário de 1755, já definia o adjetivo corrupto como “viciado; contaminado com maldade; sem integridade”⁷³. Aliás, sempre que a incorruptibilidade é estudada mais profundamente, suas referências muito se aproximam da integridade, o que muito bem demonstra a correlação de uma expressão em relação à outra:

Good character includes a conception of what is worthy of oneself. Persons who truly have no price consider it beneath them to give in to temptations for illicit gratification or profit. Peer pressure, weakness in others, impulse, opportunity, and personal rationalization or consolation do not excuse lapses of character. [...] *Incorruptibility* is a form of personal freedom that consists of control of one's life in accordance with standards of excellence and self-respect that are more important than anything else, including life itself. No other disposition makes our lives our own, and no other disposition can make anyone trustworthy

⁷² ARIELY, *op. cit.*, p. 33. O mesmo raciocínio também é desenvolvido por Bolívar Lamounier: “Analiticamente, parece-me útil classificar a população de qualquer país em três grupos: um que observa fielmente as leis e normas fundamentais da sociedade e não as transgredir nunca, quaisquer que sejam as circunstâncias. No polo oposto, um que as transgredir sempre, quaisquer que sejam as circunstâncias e, entre eles, um grupo intermediário, atraído ora pelo primeiro, ora pelo segundo. Em países como o Brasil, ou ainda mais pobres, o grupo intermediário, integrado pelos propensos a transgredir, forma um contingente relativamente muito maior que nos países adiantados. Maior, continuamente realimentado e sujeito a movimentos pendulares mais amplos, ao sabor de conjunturas econômicas ou de outros fatores” (LAMOUNIER, “Transgressão, cultura e economia de mercado: 10 pontos para discussão”, in *Cultura das Transgressões no Brasil – Lições da História*, coord. CARDOSO/MOREIRA, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 26).

⁷³ JOHNSON, “Corrupt (adjective)”, in *A Dictionary of the English Language: A Digital Edition of the 1755 Classic by Samuel Johnson*, ed. B. BESALKE, last modified November 7, 2013 [<http://johnsonsdictionaryonline.com/?p=16538>].

to the very end. Although few of us may ever reach full incorruptibility we all should keep its nature clearly before us.⁷⁴

A corrupção, assim, é frequentemente vista como uma séria *violação da integridade*⁷⁵, ou seja, um comportamento que viola os valores e normas morais relevantes. O vocábulo, inclusive, é o resultado da junção de dois elementos: “ruptura” e “co”. Luiz Fernando Veríssimo esclarece que a primeira palavra tem por origem a expressão latina *rumpere*, que quer dizer “quebrar completamente, inclusive moralmente, o que significa que quem foi corrompido não tem conserto”⁷⁶; já o prefixo “co” foi unido ao radical para dar a indicação de que na corrupção normalmente há uma bilateralidade decorrente de um pacto que importa na conjugação dos interesses comuns de corrupto e corruptor.⁷⁷

A ideia de que a corrupção funciona como um elemento que contamina o tecido social faz com que essa prática seja frequentemente comparada como uma patologia análoga a uma doença, a uma enfermidade física⁷⁸ ou a alguma forma de decadência de um estado ideal hipotético. Essas metáforas orgânicas têm permanecido notavelmente persistentes, como ocorre no conceito de Inge Amundsen sobre corrupção política: “A corrupção é uma doença, um câncer que corrói o tecido cultural, político e econômico da sociedade, e destrói o funcionamento de órgãos vitais”⁷⁹. Na mesma linha, no famoso discurso de abertura da reunião anual do Banco Mundial, em 1996, o então presidente James D. Wolfensohn afirmou: “[...] precisamos de abordar a transparência, responsabilidade e capacidade institucional. E não vamos medir as palavras: temos de lidar com o câncer da corrupção”⁸⁰. A analogia é interessante na medida em que a corrupção, caso não haja controle, prolifera dentro das instituições públicas e corporações, assim como a doença que não é tratada se transmite pelo contato corporal.

⁷⁴ BOLT, “Public Corruption for Profit”, in *Character and Cops – Ethics in Policing*, 4ª ed., E. J. DELATTRE (coord.). Washington, The AEI Press, 2002, p. 63. Tradução livre: O bom caráter inclui uma concepção do que é digno de si próprio. Pessoas que realmente não têm preço possuem valores que estão acima de ceder a tentações para a gratificação ilícita ou lucro. Pressão dos colegas, fraqueza dos outros, impulso, oportunidade e racionalização pessoal ou consolo não desculpam os lapsos de caráter. [...] *Incorruptibilidade* é uma forma de liberdade pessoal que consiste no controle da própria vida de acordo com padrões de excelência e autoestima, os quais são mais importantes do que qualquer outra coisa, incluindo a própria vida. Nenhuma outra disposição torna a nossa própria vida verdadeiramente nossa, e nenhuma outra disposição pode fazer alguém ser confiável até o fim. Embora poucos de nós sejam capazes de alcançar a incorruptibilidade completa, todos nós devemos manter a sua natureza claramente diante de nós.

⁷⁵ HUBERTS, *op. cit.*, p. 5.

⁷⁶ VERÍSSIMO, “Etimológicas”, in *O Estado de São Paulo*, Caderno 2, edição de 30 de abril de 2015, p. C10.

⁷⁷ Clóvis de Barros Filho e Sérgio Praça estabelecem uma interligação entre ética e corrupção ao constatarem que esta “[...] atenta contra a saúde do tecido social e agride princípios básicos de convivência”. Para os citados autores, na relação de corrupção, “[...] o que se rompe é um elemento terceiro, que não se confunde nem com corruptores nem com corruptos. Tampouco se confunde com a relação entre eles, porque toda relação de corrupção deteriora as relações entre os agentes que dela participam com o resto da sociedade. Por isso, a responsabilidade moral e jurídica dos que tomam parte de uma relação de corrupção transcende a situação concreta que protagonizaram” (BARROS FILHO/PRAÇA, *op. cit.*, pp. 20; 24-25).

⁷⁸ BUCHAN/HILL, *An Intellectual History of Political Corruption*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2014.

⁷⁹ AMUNDSEN, *Political Corruption: An Introduction to the Issues*. Bergen, Chr. Michelsen Institute, 1999, p. 1.

⁸⁰ BANCO MUNDIAL, Discurso de abertura de James D. Wolfensohn na reunião anual, 1º de outubro de 1996 [disponível em <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/ORGANIZATION/EXTPRESIDENT/EXTPASTPRESIDENTS/PRESIDENTEXTERNAL/0,,contentMDK:20025269~menuPK:232083~pagePK:159837~piPK:159808~theSitePK:227585,00.html>, acesso em 20 de julho de 2016].

Robert Brooks conceituou corrupção como “o desempenho intencional ou a negligência de um dever reconhecido, ou o exercício indevido do poder, com o objetivo de ganhar alguma vantagem mais ou menos pessoal”⁸¹. Esta última definição traz consigo vários elementos importantes para o conceito contemporâneo de corrupção: o ato intencional, o abuso do exercício de uma posição e a busca de uma vantagem pessoal. Na mesma linha, João Maurício Adeodato explica que a corrupção

[...] não seria propriamente uma disfunção, mas sim um mecanismo para assegurar uma legitimação que não poderia ser garantida pelas instituições do procedimento democraticamente organizado. Era e é um mecanismo de azeitar a máquina estatal incompetente e unir as elites subdesenvolvidas em torno de um sistema prebendário e predatório de distribuição de dinheiro, vantagens e poder em geral.⁸²

São muitos os autores que entendem que o abuso em questão deve estar vinculado a uma posição pública, ou seja, de que há a necessidade de envolvimento do Estado para a qualificação de atos como corruptos. Os defensores desta corrente partem da ideia de que a caracterização de um determinado comportamento como “corrupto” exigiria não apenas a presença obrigatória de conflito entre interesses públicos e privados, mas também o exercício indevido das funções públicas para obtenção de vantagens indevidas para si ou para terceiros. Mark Philp, por exemplo, aponta que

There is some consensus in the literature that we have a case of corruption when: a public official (A), acting for personal gain, violates the norms of public office and harms the interests of the public (B) to benefit a third party (C) who rewards (A) for access to goods or services which (C) would not otherwise obtain.⁸³

Talvez a definição mais amplamente citada de corrupção pela doutrina seja a da Transparência Internacional, a qual, inclusive, é mais ampla que todas as outras anteriormente mencionadas: “o abuso do poder investido para ganhos privados”⁸⁴. A esse respeito é importante considerar, em primeiro lugar, que a noção de “abuso” guarda relação direta com a (in)correta utilização

⁸¹ BROOKS, “The Nature of Political Corruption”, in *Political Corruption: Readings in Comparative Analysis*, Londres, Holt, Rinehart and Winston, 1910, pp. 56-64.

⁸² ADEODATO, *Corrupção sistêmica, democracia e ‘natureza humana’ – Uma velha tese*, Diário de Pernambuco, edição de 8 de novembro de 2015 [disponível em http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/opiniaio/46,97,43,74/2015/11/08/interna_opiniaio,130469/corruptao-sistemica-democracia-e-natureza-humana-uma-velha-tese.shtml, acesso em 20 de julho de 2016].

⁸³ PHILP, “Corruption Definition and Measurement”, in *Measuring Corruption*, Londres, Ashgate, 2006, p. 45. Tradução livre: “Há algum consenso na literatura de que temos um caso de corrupção quando: um funcionário público (A), agindo para seu ganho pessoal, viola as normas que regem os cargos públicos e prejudica o interesse público (B) para beneficiar terceiros (C), que premia (A) para ter acesso a bens ou serviços que (C) de outra forma não poderia obter”. Norberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco Pasquino têm a mesma impressão sobre corrupção: “Assim se designa o fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa. Corrupto é, portanto, o comportamento ilegal de quem desempenha um papel na estrutura estatal” (BOBBIO/MATTEUCCI/PASQUINO, *Dicionário de Política* [Trad. Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Monaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1998], p. 291).

⁸⁴ “Corruption is the abuse of an entrusted power for private gain” (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Faqs on Corruption – How do you define corruption?*, 2015 [disponível em: http://www.transparency.org/whoweare/organisation/faqs_on_corruption, acesso em 12 de setembro de 2016]).

do poder, o que, inevitavelmente, é interpretado com um alto grau de subjetividade. Por outro lado, tal definição enfrenta desafios conceituais importantes. Quando vincula a corrupção à *investidura*, pode exemplo, pode forçar conclusão no sentido de que um governante ilegitimamente investido no poder (um ditador, por exemplo) jamais poderá ser considerado um corrupto. Além disso, é problemática a exigência de “ganhos privados” para a caracterização da corrupção: se um agente público desviar recursos do erário para repasse imediato a uma instituição sem fins lucrativos de apoio a pessoas marginalizadas que está passando por dificuldades financeiras, essa conduta poderia ser caracterizada como corrupta? Além disso, não se pode descartar a chamada *corrupção benévola*, ou seja, aquela que é praticada objetivando benefícios imediatos, específicos e concretos não do próprio agente, mas de grupos que poderiam estar completamente alienados da sociedade.⁸⁵ A corrupção, assim, estaria atrelada não ao enriquecimento ilícito daquele que a pratica, mas sim à transgressão de uma orientação econômica errada ou ineficiente, à superação das limitações de um sistema político imperfeito ou ao contorno das deficiências de determinadas regras organizacionais, o que pode fazer com que seja gerada, em casos tais, até mesmo uma simpatia popular pela prática ilícita.⁸⁶

Mesmo diante da corrupção benévola, pode-se dizer que esse tipo de transgressão é, de modo geral, profundamente prejudicial a todos os setores da Administração Pública, da economia e da sociedade. Por isso, a Transparência Internacional também classifica a corrupção considerando a quantidade de dinheiro envolvido e o setor em que ela ocorre, nos seguintes termos:

A grande corrupção consiste em atos cometidos em um alto nível de governo que geram a distorção das políticas ou do funcionamento central do estado, permitindo que os líderes se beneficiem às custas do bem público. A pequena corrupção refere-se ao abuso diário do poder confiado a funcionários públicos de níveis baixo e médio em suas interações com os cidadãos comuns, os quais, muitas vezes, estão tentando acessar bens ou serviços básicos em lugares como hospitais, escolas, departamentos de polícia e outras agências. A corrupção política é uma manipulação de políticas, instituições e regras de procedimento

⁸⁵ O ex-presidente dos Estados Unidos Abraham Lincoln é até hoje historicamente louvado por ter sido o responsável pela abolição da escravidão naquele país. Para colocar em votação a décima terceira emenda constitucional, agiu corajosamente contra seu próprio partido, seus ministros, seus assessores e, assim, conseguiu dar a liberdade a milhões de negros americanos. Entretanto, para obter êxito em seu intento, contratou emissários para trocar votos no congresso americano por cargos no governo. Pode-se dizer, assim, que foi a corrupção que garantiu a liberdade de milhares de americanos e que a moralidade foi sacrificada em prol da justiça. Diante de um parlamento corrupto, como deve agir um estadista? Deve jogar o jogo da política e comprar congressistas para alcançar a justiça social e a igualdade, ou deve manter a postura impoluta do início até o final e se conformar com o *status quo*? A hipótese é interessante porque Abraham Lincoln muito provavelmente fez a escolha convicto de que a história jamais o recriminaria e muito menos colocaria em dúvida sua integridade.

⁸⁶ “Não obstante a população rejeite de um modo abstrato a corrupção, pactua com toda uma série de comportamentos e práticas venais por parte do patrono, desde que sejam beneficiários da sua protecção ou ajuda. A corrupção estilo ‘Robin Hood’ tem grande aceitação na sociedade portuguesa e é sintomática de uma cultura cívica ainda muito assente na satisfação de necessidades básicas. No inquérito *Corrupção e Ética em Democracia: o Caso de Portugal*, realizado em 2006 a uma amostra representativa da população, verificou-se que 63,6% dos portugueses toleram a corrupção desde que essa produza efeitos benéficos para a população em geral” (SOUSA, *op. cit.*, p. 46).

para alocação de recursos e financiamentos pelos decisores políticos, que abusam de sua posição para sustentar seu poder, status e riqueza⁸⁷.

Para Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka⁸⁸, a palavra-chave do conceito da Transparência Internacional é *investidura* (poder confiado), o qual, para as autoras, pode ser atribuído pela população a um líder do governo ou por um empregador a um empregado. Assim, se ocorre o “abuso do poder investido ou confiado”, as regras seriam quebradas e os objetivos declarados por aquele que conferiu tal poder estariam subvertidos, seja na esfera pública ou exclusivamente privada.

Haveria espaço, desse modo, para se falar em “corrupção privada”?

Um exemplo prático bem ilustra a questão: uma grande empresa brasileira de móveis e objetos de decoração possui um sistema exclusivo de pronta retirada – vários móveis de grande porte são vendidos desmontados, com peças embaladas individualmente para que possam caber dentro do veículo do próprio cliente, de modo a que possam ser adquiridos, transportados e montados sem a necessidade de mão-de-obra especializada, pagando-se, assim, um preço menor. Por outro lado, se o cliente optar por pagar um pouco mais para contar com os serviços de uma equipe especializada, a empresa providencia a entrega e a montagem dos produtos no local de destino em data previamente agendada. No caso em questão, se os funcionários integrantes dessas equipes especializadas de entrega e montagem se oferecerem aos clientes, dissimuladamente e sem o conhecimento da gerência, para realizar o mesmo serviço por um preço menor que àquele cobrado pela empresa, pode a conduta dos mesmos ser considerada como um ato de “corrupção”? Poderiam, também, receber a pecha de “corruptos” os atos praticados pelos altos dirigentes de associações esportivas de direito privado que, objetivando o enriquecimento pessoal, cobram comissões na venda dos disputados ingressos de famosas e populares competições esportivas?

A corrupção privada, assim, seria aquela ligada a uma série de outras infrações conexas como a associação criminosa (*conspiracy*, no direito norte-americano), a fraude e a lavagem de dinheiro. Aliás, se o fato original não puder ser tratado como delito, tampouco se poderá falar

⁸⁷ “Grand corruption consists of acts committed at a high level of government that distort policies or the central functioning of the state, enabling leaders to benefit at the expense of the public good. Petty corruption refers to everyday abuse of entrusted power by low- and mid-level public officials in their interactions with ordinary citizens, who often are trying to access basic goods or services in places like hospitals, schools, police departments and other agencies. Political corruption is a manipulation of policies, institutions and rules of procedure in the allocation of resources and financing by political decision makers, who abuse their position to sustain their power, status and wealth” (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Faqs on Corruption – How do you define corruption?*, *op. cit.*

⁸⁸ ROSE-ACKERMAN/PALIFKA, *op. cit.*, p. 9.

em eventual lavagem dos valores dali provenientes, já que estes não possuiriam procedência ilícita. Apesar de serem crescentes os movimentos jurídicos e políticos por sua criminalização, não são todos os países que admitem a corrupção privada como ilícito. Desde 1998, a União Europeia já adota essa postura (Ação Comum n.º 98/742/JAI do Conselho da União Europeia⁸⁹), que foi seguida pela Convenção Penal sobre Corrupção e, em 2003, pela Decisão-Quadro n.º 2003/568/JAI, emanada do Conselho da União Europeia, a qual determina aos Estados-membros a criminalização da hipótese⁹⁰.

Muitos países europeus, inclusive Portugal⁹¹, deram tratamento especial à corrupção privada em suas legislações criminais internas, somando-se à Alemanha, a Inglaterra e à França, que já o faziam desde o início do último século.⁹² É nessa linha que Luís de Sousa conceitua corrupção como

o abuso de funções por parte de eleitos, funcionários públicos ou agentes privados, mediante promessa ou aceitação de vantagem patrimonial ou não patrimonial indevida, para si ou para terceiros, para prática de qualquer acto ou omissão contrários aos deveres, princípios e expectativas que regem o exercício do cargo que ocupam, com o objectivo de transferir rendimentos e bens de natureza decisória, pública ou privada, para um determinado indivíduo ou grupos de indivíduos ligados por quaisquer laços de interesse comum.⁹³

Talvez em razão da grande dificuldade de conceituação, muitos autores acabaram por se ocupar em classificar a corrupção. Francisco Nieto, por exemplo, classifica a corrupção, quanto à sua

⁸⁹ Ação Comum n.º 98/742/JAI. [...] Artigo 2º. Corrupção passiva no sector privado. 1. Para efeitos da presente acção comum, constitui corrupção passiva no sector privado o acto deliberado de qualquer pessoa que, no exercício da sua actividade profissional, solicite ou receba, directamente ou por interposta pessoa, vantagens indevidas de qualquer natureza, ou aceite a promessa de tais vantagens, para si próprio ou para terceiros, a fim de, em violação dos seus deveres, praticar ou se abster de praticar determinados actos. 2. Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 4º, os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para que as condutas referidas no n.º 1 constituam crimes. Tais medidas deverão visar, no mínimo, qualquer conduta que implique ou possa implicar distorções de concorrência, pelo menos no mercado comum, e da qual resultem ou possam vir a resultar prejuízos económicos para terceiros em virtude da indevida celebração ou da indevida execução de um contrato. Artigo 3º. Corrupção activa no sector privado. 1. Para efeitos da presente acção comum, constitui corrupção activa no sector privado a acção deliberada de alguém que prometa, ofereça ou dê, directamente ou por interposta pessoa, uma vantagem indevida, de qualquer natureza, a uma pessoa, para esta ou para terceiros, no exercício das actividades profissionais dessa pessoa, a fim de, em violação dos seus deveres, pratique ou se abstenha de praticar determinados actos. 2. Sem prejuízo do disposto no n.º 2 do artigo 4º, os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para que as condutas referidas no n.º 1 constituam crimes. Tais medidas deverão visar no mínimo qualquer conduta que implique ou possa implicar distorções de concorrência, pelo menos no mercado comum, e da qual resultem ou possam vir a resultar prejuízos económicos para terceiros em virtude da indevida celebração ou da indevida execução de um contrato.

⁹⁰ Decisão-Quadro 2003/568/JAI. [...] Artigo 2º. Corrupção activa e passiva no sector privado. 1. Os Estados-membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que sejam consideradas infracção penal as seguintes condutas voluntárias, praticadas no exercício de actividades profissionais: a) Prometer, oferecer ou dar, directamente ou por interposta pessoa, vantagens indevidas de qualquer natureza a uma pessoa que, a qualquer título, dirija uma entidade do sector privado ou nela trabalhe, em benefício dessa pessoa ou de terceiros, a fim de essa pessoa, em violação dos seus deveres, praticar ou se abster de praticar determinados actos; b) Solicitar ou receber, directamente ou por interposta pessoa, vantagens indevidas de qualquer natureza, ou aceitar a promessa de tais vantagens, em benefício do próprio ou de terceiros, quando, a qualquer título, essa pessoa dirija uma entidade do sector privado ou nela trabalhe, a fim de, em violação dos seus deveres, praticar ou se abster de praticar determinados actos. 2. O n.º 1 aplica-se às actividades profissionais no âmbito de entidades com ou sem fins lucrativos.

⁹¹ Lei n.º 20/2008, de 21 de abril, arts. 8º e 9º. No Brasil, conduta assemelhada ainda não está tipificada, mas o projeto de Código Penal, em trâmite no Senado Federal (PLS n.º 236/12), já traz a previsão da corrupção privada como crime..

⁹² Nos Estados Unidos, apesar de alguns Estados tratarem a corrupção privada como delito em seus respectivos códigos estaduais, mesmo assim não há um crime federal expressamente previsto para a hipótese, razão pela qual o Departamento de Justiça normalmente combina delitos estaduais com previsões federais de fraude por meios de comunicação (“*wire fraud*”) para avocar fatos afetos à sua competência.

⁹³ SOUSA, *op. cit.*, p. 18.

intensidade, em três tipos: ocasional, endêmica ou sistêmica⁹⁴. A primeira (*ocasional* ou *esporádica*) é aquela tolerável, de baixa magnitude e que não transcende o dia a dia do cidadão. Na corrupção *endêmica* ou *estrutural*, frequentemente são identificados repetidos e vulgarizados atos de corrupção, tanto no setor público como no privado, os quais são considerados necessários por seus praticantes em uma sociedade carente de confiança social e institucional diante do péssimo funcionamento da máquina burocrática estatal. É verificada em países que já identificaram a corrupção como um mal a ser enfrentado e que, por isso, estão passando por reformas no sentido de preveni-la e combatê-la. A corrupção *sistêmica* ou *institucionalizada*, por fim, é aquela que envolve a prática corrupta inevitável, generalizada, enraizada, conhecida e tacitamente tolerada, sendo o governo, inclusive, conduzido no sentido de atender exclusivamente os interesses privados.⁹⁵ É detectada em sociedades onde a penalização da corrupção é considerada arbitrária ou apenas uma consequência de perseguição política, enquanto aqueles que contra ela se insurgem sofrem represálias, intimidações e são obrigados a se manter em silêncio.

Já Arnold Heidenheimer utiliza os índices de reprovação da opinião pública para classificar a corrupção em três espécies principais: a corrupção *negra*, a *cinza* e a *branca*⁹⁶. A primeira compreende as práticas mais graves, ordinariamente reprimidas pelo direito penal. A corrupção cinza, por sua vez, é condenada pela opinião pública, mas tolerada pela classe dirigente, e envolve o financiamento clandestino de setores públicos, por determinado empresariado preocupado com a defesa de seus interesses. A corrupção branca, por fim, é aquela que vem travestida de juridicidade ou encaixada numa juridicidade formal e normalmente é considerada, pela sociedade, como uma prática natural e, em alguns casos, até mesmo benigna. Para a consumação de pequenas vantagens, a corrupção branca é traduzida pela prática corriqueira do “jeitinho”, da troca de favores e das remunerações ilícitas no serviço público, como, por exemplo, pagamento de diárias em valor muito superior e desproporcional às despesas que são realizadas durante a viagem⁹⁷.

⁹⁴ NIETO, “Desmitificando la corrupción en América Latina”, in *Revista Nueva Sociedad*, n.º 194, Caracas, Fundación Friedrich Ebert, 2004, pp. 54-68.

⁹⁵ Ary Ferreira da Cunha observa que, nesses ambientes, uma das características mais interessantes da corrupção é a *histerese*: assim como uma mola, que possui a tendência de conservar a sua forma na ausência do estímulo que a gerou, também a corrupção, uma vez enraizada no sistema, tem a tendência de nele permanecer (CUNHA, *Combate à corrupção – Da teoria à prática*, Lisboa, Quid Juris, 2015, p. 109).

⁹⁶ HEIDENHEIMER, *Readings in comparative analysis on political corruption*, New York, Holt, Rinehart and Winston, 1970, pp. 03-06.

⁹⁷ “O enfrentamento das chamadas ‘remunerações ilícitas’ é necessário, sobretudo se levarmos em conta que, debaixo desse manto de suposta legalidade ou juridicidade, podem encaixar-se atos abusivos, não raro caracterizadores da denominada ‘corrupção branca’, fenômeno tão invisível quanto nocivo aos interesses sociais, eis que se cuida de transgressão mascarada pela fachada de legalidade” (OSÓRIO, *Teoria da improbidade administrativa – má gestão pública – corrupção – ineficiência*, op. cit., p. 311).

James Scott, por fim, classifica a corrupção quanto ao grau de proximidade entre corrupto e corruptor: a *corrupção paroquial* é aquela que ocorre a partir da existência de vínculos estreitos previamente estabelecidos entre corrupto e corruptor, os quais podem decorrer de relações familiares, de amizade, étnicas ou partidárias. A *corrupção de mercado*, por outro lado, é aquela em que os bens e serviços do Estado são entregues pelo corrupto àquele que efetuar o pagamento do preço mais alto, independentemente de existir com ele uma relação prévia ou de confiança, e, por isso, numa economia de mercado, tende a prevalecer, segundo o autor⁹⁸, em relação à primeira.

Mesmo que um político, um agente público, um empresário ou um funcionário de uma empresa seja sistematicamente corrupto, a corrupção sempre se manifestará em ações específicas e, assim, o momento em que ela ocorre pode ser passageiro. Por isso, a maioria das conceituações vigentes de corrupção têm limitações importantes que podem torná-las, em última análise, inadequadas para a tarefa de melhorar ou reforçar a integridade no âmbito da administração pública ou das relações negociais particulares. Este é um problema particularmente importante no trato da corrupção: muitas vezes se sabe que determinada pessoa é corrupta, mas a convivência com a mesma acaba por permanecer, pois a acusação e as respectivas providências que daí decorrem dependem sempre de um fato concreto e provado. Essa situação fica ainda pior quando adicionada ao fato de que aqueles que se envolvem em corrupção fazem o seu melhor para mascarar suas atividades, o que tornam os esforços anticorrupção bastantes difíceis na prática.

Além disso, o fato de que a corrupção ocorre em eventos específicos que são geralmente detectados apenas após sua ocorrência pode levar a um viés reativo (ao invés de proativo) de esforços anticorrupção. Normalmente, iniciativas anticorrupção ocorrem em resposta ao surgimento de algum tipo de escândalo político associado à atividade corrupta em questão. Por isso, normalmente os esforços anticorrupção minimizam o aspecto preventivo para contentar-se apenas com o aspecto repressivo, buscando fechar brechas ou introduzir novos quadros legislativos.

⁹⁸ “Inasmuch as parochial corruption reflects narrow, traditional loyalty patterns while market corruption offers access to all who can pay, one might expect that long-run trends would favor the more modern market form” (SCOTT, *Comparative Political Corruption*, New Jersey, Prentice-Hall, 1972, p. 89). Tradução livre: Como a corrupção paroquial reflete padrões estreitos e tradicionais de fidelidade, enquanto que a corrupção mercado oferece acesso a todos os que podem pagar, se poderia esperar que a tendência de longo prazo se estabelecesse a favor da forma de mercado mais moderna.

É interessante notar, por fim, que o fato de uma pessoa não ser considerada corrupta não significa que ela seja íntegra. Um funcionário público que ocasionalmente subtrai material de escritório ou que utiliza o veículo oficial uma vez ou outra para fins particulares não é considerado um corrupto, mas certamente não é um profissional que age com integridade. Da mesma forma, um parlamentar que vota favoravelmente a aprovação de um projeto de lei de interesse do governo, em troca na nomeação para determinado cargo de uma pessoa por ele indicada, está apenas fazendo um jogo político que em muito se distancia da integridade, apesar de sua conduta se encaixar em um conceito técnico de corrupção. Ademais, alguém pode estar se comportando com aparente integridade porque foi excluído do grupo que comanda as ações corruptas ou porque ainda não apareceu a oportunidade ideal para a prática do ilícito.

Todas essas dificuldades na conceituação de corrupção, na identificação de uma pessoa corrupta e na descrição de um comportamento corrupto impedem uma elaboração teórica mais profunda, fazem com a corrupção sejam um fenômeno difícil de ser definido e, via de consequência, oferecem um guia problemático na projeção de políticas que promovam a integridade no âmbito governamental e empresarial.

2.2 Oportunidade, impunidade e corrupção

*A exposição e a punição da corrupção pública
são uma honra para uma nação, não uma desgraça.
A vergonha reside na tolerância, não na correção.
Nenhuma cidade ou Estado, muito menos a Nação,
pode ser ofendida pela aplicação da lei.*

Theodore Roosevelt

A maioria dos projetos que tramitam no Congresso Nacional Brasileiro sobre corrupção apenas propõe a expansão dos tipos penais ou a majoração das penas já previstas em lei. Não se discute, de modo geral, o fortalecimento da transparência, da prevenção, do controle e da fiscalização, muito menos a introdução de ferramentas mais modernas de investigação ou o aperfeiçoamento do sistema recursal, o que requer maiores investimentos ou contraria interesses políticos.

Ainda há quem defenda que o controle da criminalidade deve se dar apenas pela via do endurecimento da legislação, com o aumento das penas e a criação de novos tipos penais. Entretanto, o incorreto entendimento das determinações subjacentes do processo criminoso

pode agravar ainda mais o problema, ser para ele irrelevante ou manter sua relativa estabilidade⁹⁹. Já se demonstrou que, isoladamente considerado, o recrudescimento da repressão não é suficiente para coibir a prática de determinada ação¹⁰⁰, ou seja, a criminalização primária não é capaz de reduzir os índices de ocorrência de determinado crime¹⁰¹. A pena precisa ser justa, ou seja, proporcional ao delito cometido, pois a falta de adequação e sentido entre as determinações do fato e a respectiva resposta estatal pode conduzir a um agravamento do problema, ser irrelevante ao problema ou manter o problema em relativa estabilidade.

O foco principal, assim, em relação a qualquer tipo de crime, deve se estabelecer na criminalização secundária, ou seja, na razoável duração da investigação e do processo a partir do efetivo funcionamento do sistema de aplicação das leis (*law enforcement*), diminuindo-se as chamadas *cifras negras*¹⁰² a partir do aprimoramento da atuação da Polícia Judiciária, do Ministério Público e do Poder Judiciário, principalmente diante da péssima imagem que o sistema de justiça como um todo possui no enfrentamento das mazelas da corrupção, tanto no Brasil como em Portugal:

A imagem popular do mau desempenho da Justiça, em particular no que respeita ao combate à corrupção, permanece inalterável: a repressão da corrupção é tardia, lenta, onerosa (para quem denuncia), redutora (reduz o problema a uma falta de venalidade do infractor e descuida as estruturas de oportunidade existentes); selectiva (severa com o ‘peixe miúdo’, impotente em relação ao ‘peixe graúdo’); complacente (sempre que de abusos da Fazenda ou do interesse público se trate, as penas são minoradas ou suspensas, já para não mencionar que em alguns casos os infractores são amnistiados); ineficaz (a maioria dos casos termina em arquivamento por falta de provas ou prescrição); e inconsequente (o cumprimento de pena efectiva de prisão é uma raridade, a absolvição é regra, e o regresso a funções é uma inevitabilidade).¹⁰³

⁹⁹ “A aspiração maior desses juristas é formular a legislação perfeita que enquadre toda a realidade, que evite qualquer brecha por onde possa escapar o transgressor. Nosso jurista se vê como demiurgo, organizador do mundo, produtor de realidades, reformador universal. Feita a lei, o problema para ele está resolvido, não lhe interessando sua execução. Como é sabido, trata-se de postura diametralmente oposta à da tradição da Common Law anglo-saxônica, segundo a qual a lei apenas regula o comportamento costumeiro, não se organizando em códigos, não buscando criar novas realidades” (CARVALHO, “Quem transgride o quê”, *op. cit.*, p. 76).

¹⁰⁰ “Um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade e, como consequência, a vigilância dos magistrados e a severidade de um juiz inexorável que, para ser uma virtude útil, deve ser acompanhada de uma legislação branda. A certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido à esperança da impunidade, pois os males, mesmo os menores, quando certos, sempre surpreendem os espíritos humanos, enquanto a esperança, dom celestial que frequentemente tudo supre em nós, afasta a ideia de males piores, principalmente quando a impunidade, outorgada muitas vezes pela avareza e pela fraqueza, fortalece-lhe a força” (BECCARIA, *Dos delitos e das penas* [Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999], p. 87).

¹⁰¹ O ILANUD (Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente), a pedido do Ministério da Justiça, concluiu, em 2005, pesquisa intitulada “A Lei de Crimes Hediondos como Instrumento de Política Criminal”. A pesquisa avaliou os impactos que a Lei n.º 8.072/1990, a qual partia da premissa de que penas mais rigorosas inibiriam a criminalidade, geraria nos índices oficiais de criminalidade e no sistema prisional. Diante da ausência de séries históricas de criminalidade nos diferentes estados da federação, o ILANUD pesquisou somente os dados do Rio de Janeiro e de São Paulo, entre os anos de 1984 e 2003, e concluiu que não houve redução dos crimes a partir de 1990. Pelo contrário, a maioria deles aumentou. Pesquisa em seu inteiro teor encontra-se disponível online (ILANUD – Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente, “A lei de crimes hediondos como instrumento de política criminal” (Relatório final de pesquisa), São Paulo, Nações Unidas, julho de 2005 [disponível em http://www.prsp.mpf.br/prdc/area-de-atuacao/torviolpolsist/Relatorio%20ILANUD%20-%20A%20Lei%20dos%20Crimes%20Hediondos%20como%20instrumen.pdf/at_download/file, acesso em 30 de julho de 2016]).

¹⁰² Os crimes que verdadeiramente chegam ao conhecimento da população em geral, por meio de investigações e condenações, são infinitamente menores do que aqueles que nem chegam a ser investigados e punidos. A *cifra negra* seria aquele percentual cuja existência o Estado não toma conhecimento, o que certamente representa a grande maioria dos crimes que são praticados, principalmente em se tratando de corrupção. Nesse sentido: GOMES, “Os crimes de colarinho branco e as teorias da pena”, in *Temas Atuais do Ministério Público*, 6ª ed., org. C. C. FARIAS, et al., Salvador, JusPodivm, 2016, p. 1375.

¹⁰³ SOUSA, *op. cit.*, p. 62.

Não bastassem todos esses problemas, a população ainda tem que conviver com casos de corrupção de membros do próprio aparelho judiciário, a última trincheira livre de injunções marginais e imune a pressões ilegítimas. Nessa hipótese, a desesperança e a resignação retiram dos indivíduos até a capacidade de reação, eis que, se restam viciados o exercício do direito de ação e o resultado do julgamento de um processo judicial, deixam de existir instrumentos capazes de ser utilizados contra as ilegalidades e os abusos de poder praticados pelas autoridades públicas corruptas. Por esse motivo, o combate à corrupção deve ser primariamente mais intenso e intolerante no âmbito interno dos próprios órgãos repressivos, pois a contaminação destes é fator impeditivo de obtenção de quaisquer resultados positivos expressivos. Göran Lambertz, um dos magistrados da maior instância do Poder Judiciário da Suécia, é incisivo a esse respeito:

Um sistema judiciário limpo é essencial. Porque se o sistema não é limpo, não existe justiça. E também porque os juízes devem ser um exemplo de honestidade para os políticos e para a sociedade como um todo. Se os juízes não são ‘limpos’, toda a sociedade é rompida pela desordem. Quando os juízes são corruptos, então todos os membros da sociedade podem ser. Um Judiciário que perde o respeito da população pode provocar uma explosão de desordem na sociedade.¹⁰⁴

A revista científica *Frontiers in Behavioral Neuroscience* publicou, no ano de 2014, o resultado de uma pesquisa que avaliou a importância da existência de um sistema repressivo efetivo para o combate à corrupção. Um leilão foi simulado e as pessoas tiveram a possibilidade de subornar o leiloeiro para obter benefícios. Nas primeiras vezes, podiam subornar livremente, mas, nas situações subsequentes, o perdedor podia exigir que a operação fosse inspecionada. Entre os resultados, viu-se que tanto os leiloeiros quanto os corruptores eram menos corruptos quando sabiam que poderiam ser posteriormente inspecionados, ou seja, o olhar do outro (ou o possível olhar do outro) é o que sanciona o oportunismo.¹⁰⁵ O experimento justifica não apenas o Modelo Simples do Crime Racional – MOSCR (*teoria econômica do crime*), de Gary Becker, mas também a *teoria da margem de manobra*, de Dan Ariely.¹⁰⁶

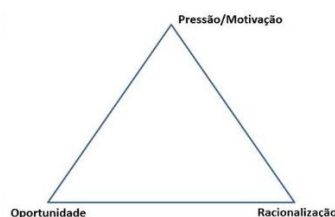
¹⁰⁴ Entrevista reproduzida na obra: WALLIN, *Um país sem excelências e mordomias*, São Paulo, Geração Editorial, 2014, p. 129.

¹⁰⁵ A pesquisa concluiu no seguinte sentido: “[...] os resultados comportamentais revelam a presença de motivações pró-sociais intrínsecas, mas a presença da ameaça extrínseca representada pela possibilidade de uma inspeção acarreta um drástico efeito pró-social, ainda que essa inspeção só ocorra em poucos casos. A simples ameaça de inspeção, assim, possui um alto grau de eficiência, uma vez que aumenta o comportamento pró-social a um custo absolutamente desprezível” (JABER-LÓPEZ/GARCÍA-GALLEGO/PERAKAKIS/GEORGANTZIS, “Physiological and behavioral patterns of corruption”, in *Frontiers in Behavioral Neuroscience*, 2014 [disponível em <https://doi.org/10.3389/fnbeh.2014.00434>, acesso em 30 de julho de 2016]).

¹⁰⁶ Sobre a teoria econômica do crime e a teoria da margem de manobra, vide Capítulo I, Item 1.2.

No caso específico da corrupção, além de se tratar de um ilícito invisível, secreto e sem vítima individualmente determinada¹⁰⁷, sua prática é *estritamente racional*¹⁰⁸, pois o criminoso sempre avaliará previamente a vantajosidade da prática daquela conduta idealizada: corruptos e corruptores realizam *cálculos de custo-benefício*, decidindo pela prática do ilícito quando e na medida em que os benefícios marginais expectáveis superam os custos marginais expectáveis.¹⁰⁹

Robert Klitgaard, nessa linha, chega a elaborar um “diagrama de decisão para o agente potencialmente corrupto” para explicar que a ocorrência de corrupção decorre principalmente da existência das condições propícias para sua prática e das vantagens que podem ser obtidas, as quais são analiticamente consideradas antes de ser iniciada a conduta.¹¹⁰ Donald Cressey, em estudo mais aprofundado¹¹¹, identificou três elementos-chave que estão presentes em todos os tipos de transgressão, inclusive a corrupção: além da já apontada *racionalização*, o autor acrescenta a *motivação* e a *oportunidade*. Estes três elementos tornaram-se conhecidos como o “triângulo de fraude”, assim representado:



¹⁰⁷ “De qualquer forma, aquela modalidade delituosa exemplificativa de um crime praticado por autor individual contra vítima específica diferencia-se, hoje, dividindo espaço com o delito econômico, interessado que está em outros setores da vida – cite-se, como exemplo de crime econômico, uma transação fraudulenta que vitima milhares de cidadãos e cuja individualização é difícil, se não impossível” (CABRERA, “Compliance e imputação objetiva: criação de risco proibido”, in *Compliance e Direito Penal*, coord. F. A. GUARAGNI/P. C. BUSATO, São Paulo, Atlas, 2015, p. 125).

¹⁰⁸ “O sujeito racional sob esta concepção seria aquela pessoa que sempre buscaria em qualquer situação a obtenção de um benefício maior, ao passo em que na mesma intensidade almejava reduzir ao mínimo possível as eventuais perdas ou custos para logr-lo. Para atingir esse intento, este sujeito racional atuaria invariavelmente valorando matematicamente todas as possíveis decisões que porventura viesse a tomar, calculando as probabilidades de obtenção do êxito ou do fracasso, analisando os custos, os riscos assumidos e as consequências de seus atos. Por fim, este agente incluiria em sua análise a valoração matemática das possibilidades estratégicas que possivelmente seriam adotadas pelas pessoas que com ele cruzassem o caminho até a obtenção do êxito, fossem elas suas aliadas ou não” (PEREIRA, *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*, São Paulo, Atlas, 2015, pp. 74-75).

¹⁰⁹ De acordo com o José Zalaquett, “En el caso de los delitos económicos, a diferencia de los pasionales, el delincuente o potencial delincuente saca un cálculo costo-beneficio. Piensa así: ‘La posibilidad de que me pillen es el 50%; la posibilidad de que salga bajo fianza otro 50% y, al final, la posibilidad de que me condenen a pagar una cifra mayor de la que me embolsé es 0%’. Esto, porque en definitiva lo condenan muchas veces a pagar una suma menor. Entonces hay un desincentivo. En cambio, con el delincuente pasional no hay problema de incentivo o desincentivo, sino de impulsos, reflejos irrefrenables, lo que no lo justifica, por supuesto”. Tradução livre: Em se tratando de crimes econômicos, ao contrário dos passionais, o infrator ou potencial agressor faz um cálculo de custo-benefício. Pensa assim: ‘A possibilidade de que me pegarem é de 50%; a possibilidade de eu ser liberado sob fiança outros 50% e, em última análise, a possibilidade de eu ser condenado a pagar um valor mais alto que o que eu embolsei é de 0%’. Isto porque, em última análise, muitas vezes condenam pagar uma quantia menor. Então há um desincentivo. Por outro lado, com o agressor apaixonado não há problema de incentivo ou desincentivo, mas de impulsos, reflexos incontroláveis, o que não justifica, é claro (SANHUEZA, “José Zalaquett: ‘Las sanciones deben ser más altas y doler más’”, *Qué Pasa: Actualidad*, [online], 5 de março de 2015 [disponível em <http://www.quepasa.cl/articulo/actualidad/2015/03/1-16400-9-jose-zalaquett-las-sanciones-deben-ser-mas-altas-y-doler-mas.shtml/>], acesso em 12 de outubro de 2016).

¹¹⁰ KLITGAARD, *A corrupção sobre controle*, op. cit., p. 87.

¹¹¹ CRESSEY, *Other People’s Money: A Study in the Social Psychology of Embezzlement* (1953 ed.), Boston, Wadsworth Publishing Co., 1972.

O componente de motivação, segundo Cressey, seria decorrente de uma *pressão* que o fraudador sente em decorrência de problemas financeiros não-compartilháveis¹¹², os quais estariam classificados em seis categorias: dificuldades em pagar as dívidas, problemas resultantes de falhas pessoais, insucesso nos negócios (problemas incontrolláveis, como inflação e recessão), isolamento físico (distanciamento das pessoas que poderiam ajudá-lo), ganho de *status* (obtenção de padrão de vida além daquilo que seus meios podem proporcionar) e relações empregador-empregado (tratamento injusto por parte do empregador).

Já a oportunidade para cometer um ilícito fraudulento decorreria da facilidade de acesso a bens, pessoas, informações e sistemas informatizados que permitem que o funcionário não apenas pratique a fraude, mas possa também escondê-la. É por isso que é tão importante limitar o acesso dos funcionários apenas aos sistemas e informações estritamente necessários à prática efetiva de suas respectivas atividades. Em algumas estruturas administrativas mais complexas, entretanto, um maior acesso a recursos e a dados acaba sendo inevitável, o que faz com que o risco de fraude acabe também aumentando.

A terceira e última peça do triângulo da fraude seria exatamente a racionalização, ou seja, o processo intelectual pelo qual o funcionário se convence da conveniência (ou não) do comportamento fraudulento. Os íntegros (“verdes”), pelos valores que cultuam, dificilmente se envolverão com qualquer tipo de fraude; os tíbios (“amarelos”), antes de praticar um ato de corrupção (negra, cinza ou branca), precisarão se convencer de que aquela conduta é incensurável pela construção de “desculpas” para si próprios, como, por exemplo, de que o desvio de recursos representa apenas um “empréstimo” a ser quitado oportunamente; os desonestos (“vermelhos”)¹¹³, por fim, farão apenas uma análise dos custos e benefícios¹¹⁴, considerando não só o tamanho e a probabilidade de punição, como também o montante da vantagem ilícita.

A Administração Pública ou empresarial sempre será capaz de desenvolver um rígido sistema de controle em relação à *oportunidade*, limitando o acesso a bens, fiscalizando a utilização de sistemas e supervisionando a atividade laboral de seus funcionários. A *motivação*, por sua vez, também pode ser regulada, embora como menor grau de intensidade, o que pode ser feito pelo

¹¹² Como examinado no Capítulo I, Item 1.2, Kant também admitia que as más condições de vida, como a pobreza, podem suscitar nos indivíduos “tentativas de violar o seu dever”, mas não constituem, jamais, limitações decisivas para o uso da razão e o exercício da liberdade.

¹¹³ Sobre *desonestos*, *tíbios* e *íntegros*, vide Capítulo I, Item 1.2.

¹¹⁴ “Para que a pena produza efeito, basta que o mal que ela inflige exceda o bem que nasce do delito e, nesse excesso de mal, deve ser calculada a infalibilidade da pena e a perda do bem que o crime deveria produzir. O resto é supérfluo e, portanto, tirânico. Os homens regulam-se pela repetida ação dos males que conhecem e não pela dos que ignoram” (BECCARIA, *op. cit.*, p. 88).

pagamento justo dos funcionários, pela criação de sistemas de avaliação de desempenho razoáveis e pela meritocracia. A *racionalização*, entretanto, é o elemento mais perigoso do triângulo de fraude, exatamente porque é o único sobre o qual não é viável desenvolver qualquer tipo de controle, já que é impossível controlar a mente dos indivíduos. É exatamente daí que se extrai uma estreita relação entre corrupção e impunidade, sendo uma diretamente proporcional à outra. Daí porque se defende que, em se tratando da repressão a crimes de corrupção e outros delitos de larga escala econômica, deve prevalecer, dentre as diversas teorias justificadoras da sanção penal, a da *prevenção geral negativa*:

Quanto à teoria da prevenção geral negativa, afirma-se que a pena é voltada para a sociedade, pois a possibilidade de aplicar-se uma sanção penal para aquele que delinuiu incute um caráter intimidatório a todos. Tanto a pena abstratamente cominada quanto a pena concretamente aplicada fazem com que os cidadãos portem-se conforme a norma penal. É exatamente nesse ponto que se faz necessária uma aplicação efetiva das penas previstas nas leis penais para a delinquência econômica, pois a sociedade, ao sentir a sensação de impunidade que impera no dia a dia, está desacreditada na certeza de uma punição. [...] É para os criminosos do colarinho branco que a prevenção geral negativa deve ser constantemente aplicada, pois eles mesmos sabem que em raríssimas hipóteses serão punidos, o que os estimula a continuarem com a prática perniciosa dos seus ilícitos penais.¹¹⁵

Se não há a aplicação da lei e nem a adequada punição em um tempo razoável, o crime fica naturalizado e a imagem do criminoso mais dificilmente é arranhada¹¹⁶, criando-se um ambiente favorável à corrupção sistêmica, à mediocracia¹¹⁷ e à formação dos chamados *soft states*:

A soft state is a state that passes laws but does not enforce them. The elites can afford to ignore the law because their power protects them from it, while others pay bribes to work round it. Everything is up for sale, be it building permits for illegal construction, licenses to import illicit goods, or underhanded tax rebates and deferrals. The rules are made to be broken and to enrich those who break them, and taxes are often evaded. People clamor for positions of influence so that they may turn them to personal gain. Favors are sold or dispensed to protégés, relatives, and sycophants.¹¹⁸

¹¹⁵ GOMES, 2016, *op. cit.*, p. 1377.

¹¹⁶ Aqui vale lembrar a posição de Dan Ariely, já esboçada no Capítulo I, quanto à racionalização que as pessoas fazem de sua própria imagem no momento de transgredir uma regra, pois, de acordo com o autor, o que mais conta para um transgressor é a manutenção de sua aparência de honestidade (ARIELY, *op. cit.*, p. 20).

¹¹⁷ “Em todos os tempos, e sob todos os regimes, houve políticos canalhas, mas encontram melhor clima nas burguesias sem ideais. Onde todos podem falar, os ilustrados calam; os novos ricos preferem dar ouvidos aos mais vis charlatões. Quando o ignorante se julga igualado ao estudioso, o velhaco ao apóstolo, o falador ao eloquente e o estúpido ao digno, a escala do mérito desaparece num vergonhoso nivelamento de vilania. Isso é a *mediocracia*: os que nada sabem crêem dizer o que pensam, embora cada um deles consiga apenas repetir dogmas ou auspicar voracidades. Esse achatamento moral é mais grave que a aclimação à tirania; ninguém pode voar onde todos se arrastam. Convenciona-se chamar de urbanidade a hipocrisia, de distinção a efeminação, de cultura a timidez, de tolerância a cumplicidade; a mentira dá margem a denominações equívocas. E os que assim mentem são inimigos de si mesmos e da pátria, desonrando nela seus pais e seus filhos, corroendo a dignidade comum” (INGENIEROS, *op. cit.*, p. 217).

¹¹⁸ AMIN, *Egypt in the Era of Hosni Mubarak*, Cairo, American University in Cairo Press, 2011, p. 8. Tradução livre: Um *soft state* é um estado que aprova leis, mas não as aplica. As elites podem se dar ao luxo de ignorar a lei, porque são protegidas por seu poder, enquanto outros pagam subornos para trabalhar à margem da lei. Tudo está à venda, sejam licenças de construção para a construção ilegal, licenças para importar mercadorias ilícitas, ou abatimentos fiscais desleais e diferimentos. As regras são feitas para serem quebradas e enriquecer aqueles que as quebram, e os impostos são muitas vezes contornados. As pessoas clamam por posições de influência para que possam transformá-las em ganho pessoal. Favores são vendidos ou dispensados aos protegidos, parentes e bajuladores.

Pode-se dizer, assim, que responsabilização de corruptos e corruptores exerce papel fundamental e imediato no combate à corrupção, não apenas para tirar os criminosos de circulação, mas sim para impedir que os mesmos continuem a repetir as mesmas práticas e também para causar temor aos corruptos em potencial. Os efeitos da impunidade, no caso particular da corrupção, podem fazer até com que indivíduos que, em particular, cultuam bons valores, acabem aderindo a condutas dessa natureza por força da pressão decorrente do próprio sistema vigente.¹¹⁹

Principalmente nos países com altos índices de percepção da corrupção, a impunidade pode levar a situações em que parte da sociedade passa não só a desrespeitar as leis e as autoridades constituídas¹²⁰, mas também a debochar daqueles que agem com integridade. Pessoas que possuem posições minoritárias – e corretas – são profundamente discriminadas, razão pela qual muitos acabam optando por expressar apoio ao *status quo* para evitar o custo de ser *diferentes*. Isso significa que muitos daqueles que criticam publicamente a corrupção, quando testados, não se rebelam contra o sistema por não suportarem ficar isolados e tachados como *desiguais*. Assim, as sociedades podem ficar presas em um círculo vicioso em que a corrupção é a norma, mesmo que, em seu íntimo, grande parte da população prefira um ambiente limpo e honesto. Américo Bedê Freire Jr. defende, inclusive, a tese do combate à impunidade como direito fundamental da vítima e da sociedade:

A impunidade é uma falha do sistema que o deslegitima e não traz para a vítima e para a sociedade a resposta adequada à agressão sofrida, fazendo com que se diminua a credibilidade do sistema. Ademais, cria-se uma sensação de imunidade no autor do crime, que se vê livre e com a impressão de que poderá repetir atos criminosos, porque nada lhe acontecerá. [...] Há de se reconhecer, portanto, o direito fundamental da vítima e da sociedade de que o autor de crimes seja efetivamente punido¹²¹.

Uma das principais fontes brasileiras de impunidade é a manutenção na Constituição Federal do chamado “foro por prerrogativa de função”, que dá aos ocupantes de determinados cargos públicos o “privilégio” de serem julgados pelos tribunais, inclusive o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. De acordo com levantamento realizado pelo Conselho

¹¹⁹ Roberto Kant de Lima, em sua obra, narra o caso de um delegado do Estado do Rio de Janeiro que se recusava a aceitar o dinheiro proveniente do jogo do bicho. Foi transferido compulsoriamente, como punição, de vários distritos policiais e, após inúmeras transferências coercitivas, teve que aceitar o dinheiro dos bicheiros, o que simbolizou sua concordância com as “normas de conduta” impostas pelo sistema policial corrupto (KANT DE LIMA, *Cultura jurídica e práticas policiais: a produção e a reprodução da ética policial no Rio de Janeiro*, Belo Horizonte, Mimeo, 1987, p. 8).

¹²⁰ “Quando uma república está corrompida, só se pode remediar aos males que nascem extirpando a corrupção e trazendo de volta os princípios: qualquer outra correção ou é inútil ou constitui um novo mal. Enquanto Roma conservou seus princípios, os julgamentos puderam ficar, sem abuso, entre as mãos dos senadores; mas, quando se tornou corrupta, para qualquer corporação para a qual se transportassem os julgamentos, para os senadores, os cavaleiros; os tesoureiros da poupança, a dois destes corpos, a todos os três juntos, a qualquer outra corporação, sempre se estava mal. Os cavaleiros não possuíam mais virtude do que os senadores, os tesoureiros da poupança não mais do que os cavaleiros e estes tão pouca quanto os centuriões” (MONTESQUIEU, *op. cit.*, pp. 129-130).

¹²¹ FREIRE Jr., *A retórica do direito fundamental à privacidade: a validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes público e privado*, Salvador, JusPodivm, 2015, p. 108.

Nacional de Justiça (CNJ), somente entre 2010 e 2011 a Justiça brasileira deixou prescrever 2.918 ações relacionadas a crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e atos de improbidade administrativa¹²². Além disso, segundo relatório do Ministério da Justiça¹²³, condenados por corrupção representam menos de 1% dos presos do sistema penitenciário brasileiro¹²⁴. Esses dados evidenciam o baixo índice de condenação em crimes contra Administração Pública e a alta quantidade de casos de prescrição. Levantamento feito em 2007 pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), intitulado “Juízes contra a Corrupção”, apontou que, até maio de 2006, nenhuma autoridade havia sido condenada no Supremo Tribunal Federal (STF)¹²⁵. O Supremo Tribunal Federal, aliás, em razão não apenas de seu reduzido número de membros (apenas 11 ministros), mas também por acumular a função de Corte Constitucional ao lado de dezenas de competências recursais ordinárias e extraordinárias, não possui estrutura para processar e julgar quaisquer ações penais. A prova disso é que a Corte Suprema demorou 124 anos para proferir a primeira condenação na sua competência penal originária.

Por tudo isso, os juízes federais brasileiros¹²⁶, preocupados com a lentidão e a baixa efetividade do processo criminal brasileiro, elaboraram algumas propostas no sentido de tornar mais severa a repressão principalmente no tocante aos crimes praticados contra a Administração Pública. O texto com o rol de sugestões e enunciados foi aprovado e levado ao Conselho Nacional de Justiça, ao Conselho da Justiça Federal e aos Tribunais Regionais Federais, que poderão convertê-las em súmulas e resoluções. Uma das principais propostas dos juízes federais apresenta-se no sentido de que os condenados por corrupção e outros crimes contra o erário não devem ter o direito de recorrer em liberdade, salvo se o produto do crime tiver sido recuperado integralmente (Enunciado n.º 13). A argumentação central da proposta apresenta-se no sentido de que há risco de fuga ou de nova ocultação do produto do crime.

¹²² VASCONCELLOS/EUZÉBIO, “Justiça condena 205 por corrupção, lavagem e improbidade em 2012”, *Conselho Nacional de Justiça: Notícias* [online], 15 de abril de 2013 [disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60017-justica-condena-205-por-corruptao-lavagem-e-improbidade-em-2012>, acesso em 30 de julho de 2016].

¹²³ DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional, “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Dezembro 2014”, Ministério da Justiça, Brasil, 2014 [disponível em http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@download/file, acesso em 25 de setembro de 2016].

¹²⁴ Apesar de o Brasil ser um país com alto índice de percepção da corrupção, é histórico o baixo índice de cumprimento de penas privativas de liberdade por crimes correlatos à corrupção. Nelson Hungria, em meados do século passado, já vaticinava: “de quando em vez, rebenta um escândalo, em que se ceva o sensacionalismo jornalístico. A opinião pública vozeia indignada e Têmis ensaia o seu gládio; mas os processos penais, iniciados com estrépito, resultam, as mais das vezes, num completo fracasso, quando não na iniquidade da condenação de uma meia dúzia de intermediários deixados à sua própria sorte. São raras as moscas que caem na teia de Aracne. O ‘estado-maior’ da corrupção quase sempre fica resguardado, menos pela dificuldade de provas do que pela razão de Estado, pois a revelação de certas cumplicidades poderia afetar as próprias instituições” (HUNGRIA, N., *Comentários ao Código Penal*, vol. IX, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1959, pp. 364-365).

¹²⁵ AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros, “Juízes Contra a Corrupção: Diagnóstico do problema da impunidade e possíveis soluções propostas pela AMB”, Brasil, 2007 [disponível em http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_stf.pdf, acesso em 30 de julho de 2016].

¹²⁶ AJUFE – Associação dos Juízes Federais do Brasil, III Fórum Nacional dos Juízes Federais Criminais, Recife (PE), 10 e 12 de setembro de 2015.

O Supremo Tribunal Federal, também com o fito de enrijecer a repressão penal principalmente em relação aos chamados “crimes de colarinho branco”, mudou, em fevereiro de 2016, seu entendimento e passou a permitir que, depois de decisões de segundo grau que confirmem condenações criminais, a pena de prisão já possa ser executada. Com isso, alterou a jurisprudência vigente desde 2009, época em que a Corte Constitucional Brasileira, no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 84.078, havia firmado posição com base na literalidade do inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, que prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Para o relator do *Habeas Corpus* n.º 126.292, Ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena. O Ministro Luiz Roberto Barroso, ao acompanhar o relator, fundamentou seu voto no sentido de que o princípio da não culpabilidade é sinônimo de dois graus de jurisdição, não de trânsito em julgado, e, assim, sustentou que “a condenação de primeiro grau mantida em apelação inverte a presunção de inocência”¹²⁷ e que “interposição sucessiva de recursos protelatórios não é algo que se queira estimular”.

Severas críticas vieram após a mudança do entendimento jurisprudencial, inclusive dos próprios membros do Supremo Tribunal Federal que saíram vencidos no julgamento, sendo frequente a referência no sentido de que haveria uma falência do sistema prisional por superlotação em razão dos novos mandados de prisão a serem expedidos. Entretanto, segundo levantamento realizado pela equipe do projeto “Supremo em Números” da Fundação Getúlio Vargas,

[...] a expedição de mandados de prisão de réus condenados em segunda instância a pena igual ou maior a 8 anos e com recurso tramitando no STF e STJ significaria um aumento de 0,6% no número de apenados no sistema prisional (3.460 novos presos). Longe, portanto, de previsões catastróficas propaladas pelos críticos do novo entendimento do Supremo sobre a execução da pena após condenação em segunda instância.¹²⁸

Em julgamento realizado em 5 de outubro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, reafirmou essa posição ao indeferir as liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias

¹²⁷ Na mesma linha: “A presunção de inocência, no mais das vezes invocada como óbice a prisões pré-julgamento, não é absoluta, constituindo apenas instrumento pragmático destinado a prevenir a prisão de inocentes. Vencida a carga probatória necessária para a demonstração da culpa, aqui, sim, cabendo rigor na avaliação, não deveria existir maior óbice moral para a decretação da prisão, especialmente em casos de grande magnitude e nos quais não tenha havido a devolução do dinheiro público, máxime em país de recursos escassos” (MORO, “Considerações sobre a Operação Mani Pulite”, *Revista CEJ*, Brasília, n.º 26, jul./set., 2004, p. 61).

¹²⁸ HARTMANN et al., “O Impacto no Sistema Prisional Brasileiro da Mudança de Entendimento do Supremo Tribunal Federal Sobre Execução da Pena Antes do Trânsito em Julgado no HC 126.292/Sp – Um Estudo Empírico Quantitativo” [disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2831802, acesso em 6 de setembro de 2016].

de Constitucionalidade (ADC's) n.º 43 e n.º 44 e consolidar o entendimento de que o art. 283 do Código de Processo Penal¹²⁹ não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância. Os autores dessas ações – o Partido Nacional Ecológico (PEN) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) – alegavam que o julgamento do *Habeas Corpus* n.º 126.292, acima referenciado, era gerador de controvérsia jurisprudencial acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, eis que, mesmo sem força vinculante, tribunais de todo o país “passaram a adotar idêntico posicionamento, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do CPP”.

O resultado desses julgamentos demonstra que a tendência da jurisprudência brasileira é no sentido de endurecer na repressão principalmente em relação aos crimes contra a Administração Pública, tanto no que tange à criminalização primária e secundária, como também nas respostas que são dadas pelo Poder Judiciário.

2.3 A relação direta entre corrupção, direitos fundamentais e direitos humanos

2.3.1 A corrupção como elemento corrosivo dos direitos fundamentais sociais

*A corrupção é uma serial killer que se disfarça de buracos nas estradas,
de falta de medicamentos, de crimes de rua e de pobreza.*

Deltan Dallagnol

A Revolução Francesa e a formação do Estado Liberal Clássico trouxeram a ideia de que a liberdade, além de promover a igualdade entre os homens, também asseguraria o equilíbrio e a justiça das relações jurídicas.

O tempo, entretanto, cuidou de demonstrar que a liberdade pura e simples não levava à igualdade, pois os homens não nascem iguais nem são iguais, ainda que sejam livres. Dolorosamente, a positivação das ideias liberais gerou a formação de grupos privilegiados e uma concentração absurdamente injusta da riqueza, o que impedia que a maioria das pessoas tivesse acesso a bens e direitos. Nas palavras de Antonio Enrique Pérez Luño, ao citar Franz Neumann,

¹²⁹ Art. 283 do CPP. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

La libertad jurídica y la igualdad política de los proletarios, a la par que su desigualdad social y económica, constituyen los fundamentos del Estado de Derecho burgués.¹³⁰

Percebeu-se, assim, que o Estado deveria atuar de modo mais direto nas relações jurídicas e econômicas para compensar a hipossuficiência de uns em relação a outros. Nasceu, daí, o Estado Social de Direito, que sucedeu ao Estado Liberal Clássico, com uma legislação abrandando os dogmas individualistas do século XIX. Espalhou-se pelo Mundo, então, o que se convencionou chamar de “o Estado do Bem Estar” (*Welfare State*). As consequências dessa transição do Estado Liberal para o Estado Social de Direito são bem explicadas por Pérez Luño:

El tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho plantea una importante serie de cuestiones teóricas y prácticas. Se ha señalado, por ejemplo, que una de las más evidentes mutaciones operativas que comporta el Estado social reside en atribuir a los poderes públicos la consecución de la ‘procura existencial’ (Daseinsvorsorge); es decir, responsabiliza a la Administración de la tarea de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones necesarias y los servicios públicos adecuados para el pleno desarrollo de su personalidad reconocida no sólo a través de las libertades tradicionales, sino también a partir de la consagración constitucional de los derechos fundamentales de carácter económico, social y cultural.¹³¹

Inspirado nessa lição é que, no Brasil, José Afonso da Silva¹³² procurou assim conceituar “direitos fundamentais”:

‘Direitos fundamentais do homem’ constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

A conceituação da doutrina portuguesa não é muito diferente, pois, para Jorge Reis Novais¹³³,

Os direitos fundamentais garantem juridicamente o acesso individual a bens que, pela sua importância para a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da personalidade, a autonomia, a liberdade e o bem-estar das pessoas, a Constituição entendeu merecedores de proteção máxima, forte e estável.

¹³⁰ PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Editorial Tecnos, 2010, p. 229. Numa tradução livre: “A liberdade jurídica e a igualdade política dos proletários, a par de sua desigualdade social e econômica, constituem os fundamentos do Estado de Direito burguês”.

¹³¹ *Id.*, *ibidem*, p. 230. Tradução livre: “A transição do Estado Liberal para o Estado Social de Direito levanta uma série de importantes questões teóricas e práticas. Observou-se, por exemplo, que uma das mutações operacionais mais óbvias que envolve o estado de bem-estar encontra-se em atribuir às autoridades públicas a realização da ‘procura existencial’ (Daseinsvorsorge); ou seja, responsabilizar a administração pela tarefa de fornecer à generalidade dos cidadãos os meios necessários e serviços públicos adequados para o pleno desenvolvimento da sua personalidade reconhecida não só pelas liberdades tradicionais, mas também pela consagração dos direitos constitucionais fundamentais da vida econômica, social e cultural”.

¹³² SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15.ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 182.

¹³³ NOVAIS, *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 255. A ideia da doutrina brasileira e portuguesa não se distancia dos ensinamentos de Pérez Luño, para quem os direitos fundamentais “[...] representan una de las decisiones básicas del constituyente a través de la cual los principales valores éticos y políticos de una comunidad alcanzan expresión jurídica. Ya que, como anteriormente he indicado, los derechos fundamentales señalan el horizonte de metas socio-políticas a alcanzar, al tiempo que establece la posición jurídica de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado, o entre sí” (PÉREZ LUÑO, p. 316).

Assim, para que um direito se revista da qualificação de “fundamental”, deverá ele constituir não apenas um “elemento fundamental da ordem objetiva da coletividade”¹³⁴, mas também um direito subjetivo inerente a todo e qualquer indivíduo e tutelado pelo Estado. Fala-se, desse modo, na “eficácia vertical” dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa dos indivíduos contra o poder do Estado, o que é mais comum, e na “eficácia horizontal” para se reportar à incidência dos mesmos nas relações diretas entre particulares.

A classificação mais bem recepcionada pela doutrina hodierna divide os direitos fundamentais em dois grandes grupos: os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações (de natureza fática ou jurídica).

O primeiro grupo – o dos direitos fundamentais como direitos de defesa – envolve não apenas uma imposição ao Estado de abster-se de adotar determinadas medidas que atentem de alguma forma contra a esfera jurídica dos cidadãos, mas também na proteção que estes devem receber contra essas eventuais ingerências. Estariam, assim, inseridos neste grupo os direitos de liberdade, os direitos de propriedade, o direito à vida, o direito de igualdade perante a lei, o direito à livre manifestação da personalidade e o direito à intimidade, dentre outros, naquilo que se convencionou chamar de “direitos fundamentais de primeira geração”.

Em outra banda se postam os direitos fundamentais como direitos a prestações (igualdade), cuja satisfação exige a implementação de medidas administrativas por parte dos Poderes Públicos, ou seja, de uma postura ativa do Estado em relação à saúde, à educação, à segurança social, etc. Enquadram-se, estes, naquilo que se convencionou tratar por “direitos fundamentais de segunda geração”¹³⁵, próprios do modelo de *Welfare State*, eis que, para que sejam efetivamente alcançadas a igualdade e a liberdade, há a necessidade de que sejam compensadas as desigualdades sociais.

Ao diferenciar as duas modalidades, bem explica José Joaquim Gomes Canotilho:¹³⁶

[...] o traço caracterizador do direito à vida é o primeiro – direito de defesa – e é esse traço caracterizador que, *prima facie*, justifica o enquadramento deste direito no catálogo de

¹³⁴ Cf. SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, pp. 148-149.

¹³⁵ A doutrina trata, ainda, dos direitos fundamentais de terceira geração, vinculados à noção de solidariedade, transindividualidade e mesmo de fraternidade, os quais, segundo a doutrina de Canotilho, “[...] pressupõem o dever de colaboração de todos os estados e não apenas o actuar activo de cada um e transportam uma dimensão colectiva justificadora de um outro nome dos direitos em causa: direitos dos povos” (CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 2002, p. 386).

¹³⁶ *Id.*, *ibidem*, pp. 401-402.

direitos, liberdades e garantias. Pelo contrário, o “direito à escola” (o “direito à universidade”, o “direito aos graus mais elevados de ensino”) não é um direito, liberdade e garantia, pois trata-se de um direito necessariamente dependente de prestações (“criação de universidades”, criação de “institutos superiores”, não podendo o respectivo titular, a partir da norma constitucional, retirar um direito subjectivo *self executing*.

A priori, os direitos de defesa estariam diretamente relacionados a uma limitação do poder estatal, na medida em que este estaria condicionado ao dever de, em regra, abster-se de determinadas condutas em homenagem ao respeito de determinados interesses e bens da pessoa humana. Entretanto, há situações em que tais direitos podem consistir não apenas em uma omissão, mas também em um “direito a prestação”.

A conceituação, a classificação e mesmo a constitucionalização dos direitos fundamentais não constituem, entretanto, a questão mais importante no trato dessa matéria, pois, a partir das lições de Norberto Bobbio¹³⁷, é possível afirmar que muito mais importante do que fundamentar, ou fundamentalizar, os direitos da pessoa humana, é fazer com que seus destinatários possam gozá-los e, se violados tais direitos, possam eles ser devidamente tutelados. Em outras palavras: a relevância não está na qualificação e quantificação desses direitos, mas sim na identificação do modo mais seguro e efetivo de garanti-los.

Foi nessa linha que o Professor Jorge Miranda, em brilhante exposição realizada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa¹³⁸, afirmou, de modo enfático, que “a existência de uma administração pública eficiente, transparente e não corrupta configura requisito imprescindível para a efetivação dos direitos sociais”. Isso porque, apesar do alcance bastante abrangente da corrupção, pode-se dizer que, de forma mais imediata, ela afeta desproporcionalmente os mais pobres e os países em desenvolvimento, impedindo o financiamento e o investimento em áreas prioritárias.¹³⁹

Assim, quanto maior for o prejuízo material para o erário, maior será a extensão do prejuízo para os direitos fundamentais que poderiam ser tutelados com aqueles recursos. A boa novidade é que, no liminar do novo milênio, a população está mais propensa a compreender a corrupção

¹³⁷ BOBBIO, *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 25.

¹³⁸ Debate sobre Direitos Sociais realizado em 2 de março de 2012, com a participação dos Professores Jorge Miranda, Ingo Sarlet, Jorge Reis Novais, Luís Pereira Coutinho e José Melo Alexandrino, no âmbito do Curso “Os Direitos Sociais como Direitos Humanos e Fundamentais – Uma perspectiva transconstitucional”, lecionado pelo Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, entre 27 de fevereiro e 2 de março de 2012.

¹³⁹ O presidente do Banco Mundial, Jim Yong Kim, chegou a afirmar que “[c]ada dólar que um funcionário corrupto ou uma pessoa de negócios corrupto coloca em seu bolso é um dólar roubado de uma mulher grávida que precisa de cuidados de saúde. [...] No mundo em desenvolvimento, a corrupção é o inimigo público número um” (REUTERS, “World Bank president calls corruption ‘Public Enemy No. 1’”, December 19, 2013 [disponível em <http://mobile.reuters.com/article/idUSBRE9BI11P20131219?irpc=932>, acesso em 11 de setembro de 2016]).

como prática que reduz o número de creches, de postos de saúde, de policiais nas ruas, de escolas, de linhas de transporte público, etc.¹⁴⁰

De acordo com o índice de percepção da corrupção de 2015 da Transparência Internacional, mais de seis bilhões de pessoas vivem em países com sérios problemas de corrupção¹⁴¹. Os custos reais de corrupção foram destacados pelo então Secretário-Geral da ONU, Ban Ki-moon, em sua declaração de 2009 para o Dia Internacional Anticorrupção:

When public money is stolen for private gain, it means fewer resources to build schools, hospitals, roads and water treatment facilities. When foreign aid is diverted into private bank accounts, major infrastructure projects come to a halt. Corruption enables fake or substandard medicines to be dumped on the market, and hazardous waste to be dumped in landfill sites and in oceans. The vulnerable suffer first and worst.¹⁴²

O fato é que a corrupção, pelo alto custo gerado, minimiza a presença do Estado na promoção dos direitos humanos e sociais e, via de consequência, enfraquece severamente a economia dos países e leva à convulsão social, à instabilidade política, a guerras civis e a conflitos regionais. Ao mesmo tempo, deforma a competição, diminui a disposição das empresas em investir e debilita o empreendedorismo. Por isso, há praticamente um consenso no sentido de que a corrupção é a principal causa da baixa qualidade da governança e do fracasso econômico de um país, não um mero sintoma.

É inegável que existe uma conexão entre a corrupção e a efetivação dos direitos fundamentais, pois, normalmente, países com altos índices de percepção da corrupção possuem baixos índices de desenvolvimento humano.¹⁴³ O sofrimento dos pobres decorrente desse tipo de ilícito é exponencial, já que são exatamente estes que precisam mais dos serviços que devem ser prestados pelo Estado. No caso particular do saneamento básico e da mortalidade infantil, um estudo desenvolvido pelo IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Brasil) –, de autoria de Ronaldo Seroa da Mota, conseguiu estabelecer uma relação de causalidade entre o

¹⁴⁰ O sítio na Internet “De Real para Realidade” (www.derealpararealidade.com), inclusive, calcula matematicamente as perdas provocadas por cada escândalo de corrupção em relação à implementação dos direitos sociais, indicando quantas ambulâncias, caminhões-pipa, casas populares, quilômetros de metrô, merendas escolares, quadras poliesportivas, vacinas e viaturas policiais deixaram de ser entregues à população.

¹⁴¹ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Corruption Perceptions Index 2015*, 2016 [disponível em <http://www.transparency.org/cpi2015>, acesso em 6 de março de 2016].

¹⁴² UNITED NATIONS, “Secretary-General, in Message for International Anti-Corruption Day, Cites Convention as Strongest Way to Fight Graft, Build Integrity”, Press Release, December 7, 2009 [disponível em <http://www.un.org/press/en/2009/sgsm12660.doc.htm>, acesso em 28 de agosto de 2016]. Tradução livre: Quando o dinheiro público é roubado para ganhos privados, isso significa menos recursos para construir escolas, hospitais, estradas e instalações de tratamento de água. Quando a ajuda externa é desviada para contas bancárias privadas, os grandes projetos de infraestrutura são suspensos. A corrupção permite que se introduzam no mercado medicamentos falsificados ou de má qualidade e que se lancem resíduos perigosos nos aterros e nos oceanos. As pessoas mais vulneráveis são as primeiras a ser afetadas e são as que mais sofrem.

¹⁴³ Tal afirmação, entretanto, não pode ser absoluta: no ranking de 2015 sobre a percepção da corrupção no mundo, elaborado pela organização Transparência Internacional, Uruguai (74 pontos) e Botswana (63 pontos), por exemplo, estão à frente da Espanha (58 pontos) e da Coreia do Sul (56 pontos) (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Corruption Perceptions Index 2015*, *op. cit.*, Table of Results: Corruption Perceptions Index 2015).

investimento público e o direito à vida. Isso porque tal estudo comprovou que “um aumento de 1% no número de pessoas com acesso a serviços de água e esgoto reduziria em 6,1% o índice de mortalidade em crianças menores de 14 anos” e que, “para se salvar uma vida, é preciso investir US\$16,3 mil por ano”¹⁴⁴. Em outras palavras: tal estudo conseguiu, por cálculos matemáticos, precisar o exato custo de uma vida em relação ao investimento em saneamento básico e, por consequência, estimar o número de homicídios atípicos decorrentes do desvio de verbas destinadas àquele fim. Desse modo, como o investimento em saneamento básico é dever do Estado, não é difícil concluir que, para cada US\$16,3 mil desviados do erário, ocorre a morte de uma criança.

Por tudo isso, não é difícil concluir que os mais penalizados pelos desvios de verbas públicas são os mais pobres, que ficam sem educação, transporte e saúde de qualidade. É inegável, pois, que os altos níveis de corrupção em um país atentam diretamente contra a materialização dos direitos fundamentais sociais, eis que o desvio indiscriminado de verbas públicas reduz a capacidade de investimento do Estado.

2.3.2 O direito de viver em um ambiente livre de corrupção como direito fundamental da pessoa humana

Não existe crime mais sério do que a corrupção. Outras ofensas violam uma lei, enquanto a corrupção ataca as fundações de todas as leis.

Theodore Roosevelt

Apesar de inegavelmente existir uma correlação direta entre desvios de recursos públicos e violação dos direitos humanos¹⁴⁵, o direito de viver em uma sociedade livre de corrupção ainda não está consagrado como um direito universal e inalienável de qualquer pessoa¹⁴⁶. Existe,

¹⁴⁴ Disponível em www.ipea.gov.br. Consultar, também, jornal *O Globo*, edição do dia 25 de fevereiro de 2002, artigo intitulado “Juízes, Fraudes e Genocídio”, de autoria de Luiz Paulo Viveiros de Castro.

¹⁴⁵ A doutrina faz uma separação terminológica entre *direitos fundamentais*, direitos do ser humano reconhecidos e **positivados** pelo Direito Constitucional de um Estado específico, e *direitos humanos*, que seriam os direitos estabelecidos em **tratados internacionais** sobre a matéria (SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 9ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 35).

¹⁴⁶ “Uma análise da corrupção baseada em direitos humanos irá enfatizar o dano que a corrupção causa aos indivíduos. A partir desta perspectiva, muitas vezes é dado como certo que a corrupção ‘viola’ os direitos humanos. [...] Eles querem dizer que, quando a corrupção é generalizada, as pessoas não têm acesso à justiça, não são seguras e não podem proteger seus meios de subsistência. Membros do Poder Judiciário e da polícia dão mais atenção aos subornos do que à lei. Hospitais não curam as pessoas, porque as equipes médicas dão um melhor tratamento aos pacientes que pagam propinas ou porque carecem de estrutura devido a contratações públicas corrompidas. As famílias pobres não podem alimentar-se porque os programas de segurança social são corrompidos ou são distorcidos para apoiar uma rede de clientelismo. As escolas não podem oferecer aos seus alunos uma educação sólida, porque o orçamento da educação foi saqueado e, como consequência, os professores não podem ser pagos e os livros não podem ser comprados. [...] Em inúmeras questões como estas, a corrupção incentiva a discriminação, priva as pessoas vulneráveis de renda, e impede as pessoas de fazerem valer os seus direitos políticos, civis, sociais, culturais e econômicos” – Conselho Internacional de Políticas de Direitos Humanos, Transparência Internacional, tradução livre (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, 2009 [disponível em <http://www.transparency.org/cpi2015>, acesso em 6 de março de 2016]).

inclusive, uma certa relutância quanto a esse reconhecimento por uma série de motivos. Para alguns, que invocam os próprios fundamentos da filosofia do Direito, a corrupção seria uma parte integrante da “natureza humana” e, por isso, nenhum direito universal poderia impedir a sua ocorrência. Outros argumentam que a corrupção seria um mal necessário que auxilia os governos e as economias a funcionarem de modo mais eficiente. Por fim, há quem defenda que diferentes graus de corrupção podem ser tolerados como fenômenos transitórios ou culturais de diferentes regiões e países.

Matthew Murray e Andrew Spalding, em artigo intitulado “*Freedom from Official Corruption as a Human Right*”¹⁴⁷, defendem a ideia de que o direito de viver em um ambiente livre de corrupção deveria figurar entre os direitos humanos¹⁴⁸, apresentando, em defesa desta tese, quatro argumentos. Em primeiro lugar, fundamentam sua conclusão na filosofia jurídica – de acordo com a “lei da natureza”, de John Locke, sem a regulação de uma terceira parte neutra – ou do governo – as pessoas vão agir em seu próprio interesse e invadirão a liberdade dos que as rodeiam. Se os funcionários do governo estão participando em práticas corruptas, elas deixam de agir como intermediários neutros. Com isso, as instituições que originalmente se destinam a mediar os conflitos entre as partes e as vítimas de corrupção se tornariam veículos através dos quais as autoridades poderiam explorar a sua autoridade para interferir na liberdade de terceiros. O segundo argumento de Murray e Spalding é de que a elevação de *status* colocaria as leis que tratam da corrupção à frente de outras, eis que, quando os direitos humanos são violados, a comunidade internacional fica obrigada a agir.

Todos os países do mundo, de um modo geral, assinaram convenções internacionais e adotam, no plano interno, leis que incriminam a corrupção. O grande problema está na baixa efetividade dessas leis e na impunidade dos corruptos. Por isso, considerar a prática da corrupção como violação de direitos humanos certamente daria a esse corpo normativo um peso muito maior e serviria para enviar uma mensagem àqueles que sofrem os efeitos da corrupção, bem como para

¹⁴⁷ MURRAY/SPALDING, “Freedom from Official Corruption as a Human Right”, *Governance Studies*, Brookings Institution, January 2015 [disponível em http://www.brookings.edu/~media/research/files/papers/2015/01/27-freedom-corruption-human-right-murray-spalding/murray-and-spalding_v06.pdf, acesso em 7 de março de 2016].

¹⁴⁸ Já há quem defenda, no Brasil, tese assemelhada: “[...] devemos falar em um “direito fundamental à probidade administrativa”, pois há um verdadeiro direito fundamental coletivo da sociedade a uma Administração Pública honesta, que apresenta os contornos identificadores dos direitos difusos. [...] Dessa forma, o ‘direito fundamental à probidade administrativa’ decorre, na Constituição Federal de 1988: (i) do princípio republicano (art. 1º, *caput*); (ii) do princípio democrático (art. 1º, par. único); (iii) de seus fundamentos (art. 1º, incisos I a V: soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político); (iv) dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, incisos I a IV: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação); (v) da prevalência dos direitos humanos e da defesa da paz nas suas relações internacionais (art. 4º, I e VI); e (vi) dos demais princípios constitucionais administrativos, previstos no *caput* do art. 37 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência)” (SANTOS, “Direito fundamental à probidade administrativa e as convenções internacionais de combate à corrupção”, in *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n.º 50, outubro de 2012 [disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Roberto_Santos.html, acesso em 15 de outubro de 2016)).

aqueles que a praticam, de que a aplicação vigorosa de medidas anticorrupção não é apenas possível, mas essencial.

As implicações práticas dessa categorização seriam imediatas na legislação de qualquer país, pois todo o arcabouço normativo de combate à corrupção passaria a ser interpretado e aplicado a partir de um novo contexto:

Como principais diretrizes principiológicas e interpretativas, relativas aos direitos e garantias constitucionais fundamentais, decorrentes da dupla conjugação de caráter subjetivo e objetivo, destacam-se, como exemplos, a imprescritibilidade, a aplicabilidade imediata, a imunidade em relação ao poder reformador constituinte derivado, a imunidade em relação ao legislador infraconstitucional, o caráter pétreo desses direitos, a interpretação aberta e extensiva, a não-taxatividade ou não-limitação; a proteção integral etc.¹⁴⁹

Além disso, no Brasil, o § 3º do art. 5º da Constituição Federal (CF)¹⁵⁰ traz uma cláusula de equivalência dos tratados e convenções internacionais que tratam especificamente de direitos humanos com as emendas constitucionais, desde que observado, em seu processo de aprovação, o rito procedimental de elaboração concernente à reforma da Constituição. Estivesse o direito de viver em uma sociedade livre de corrupção categorizado dentre os direitos humanos, os tratados e convenções internacionais que tratam de corrupção poderiam receber força normativa de natureza constitucional, e não de simples lei ordinária, como acontece, de modo geral, com os tratados e convenções internacionais.

Outro efeito direto envolveria a mitigação da pressão política que muitas vezes se estabelece em torno de processos judiciais de grande repercussão iniciados objetivando a punição de gestores estaduais e municipais do alto escalão envolvidos em corrupção e atos de improbidade administrativa. Isso porque, de acordo com a previsão do § 5º do art. 109 da Carta Magna¹⁵¹, o Procurador-Geral da República poderia requerer o deslocamento da competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal.

Além disso, o parágrafo único do art. 21º da Lei Federal n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011 (“Lei de Acesso à Informação”), ainda estabelece que “[a]s informações ou documentos que

¹⁴⁹ ALMEIDA, *Direito material coletivo: Superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*, Belo Horizonte, Del Rey, 2008, pp. 303-304.

¹⁵⁰ Art. 5º, § 3º, da CF (BRASIL, *Constituição Federal de 1988*, Promulgada em 5 de outubro de 1988). Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

¹⁵¹ Art. 109, § 5º, da CF (BRASIL, *Constituição Federal de 1988*, *op. cit.*). Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso”. Assim, se, no curso de uma interceptação telefônica autorizada judicialmente com base na Lei Federal n.º 9.296, de 24 de julho de 1996, fosse flagrada uma conversa que guardasse ligação com a prática de crimes de corrupção, sobre a mesma não poderia recair o sigilo das gravações e respectivas transcrições, e muito menos poderia o material ser destruído, conforme preveem os arts. 8º e 9º daquela Lei. Ao contrário: deveria o seu conteúdo ser levado ao conhecimento público, eis que estaríamos diante da violação de direitos humanos. Murray e Spalding, a esse respeito, citam Ronald Dworkin, o qual defende a ideia de que

[...] direitos são melhor entendidos como trunfos, na medida em que fornecem uma justificação para as decisões políticas tomadas pela sociedade em abstrato, e direitos institucionais, que oferecem uma justificação para uma decisão tomada por alguma instituição política específica.¹⁵²

Assim, fosse o direito de viver em um ambiente livre de corrupção considerado um trunfo político que detém os indivíduos, não se poderia mais justificar a violação desse direito em nome da preservação da intimidade, da eficiência administrativa ou da melhoria dos indicadores econômicos, por exemplo. Além disso, haveria mais pressão sobre a comunidade internacional no sentido de fazer cumprir os regulamentos internacionais de combate à corrupção.

Murray e Spalding ainda reforçam sua posição no sentido de que a elevação da liberdade de corrupção à condição de direito humano esvaziaria a frágil justificativa daqueles que descartam iniciativas anticorrupção sob o argumento de que a corrupção é um fenômeno cultural. Os autores sugerem que praticamente todas as religiões e culturas consideram a corrupção como um impedimento para a boa governança, mas, muitas vezes, instituições fracas são coniventes com sua ocorrência. Como os direitos humanos são universais, ou seja, são inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição, não seria mais válida a afirmação de que algumas culturas são mais corruptas do que outras e isso ajudaria na implementação de iniciativas de combate à corrupção.

O último argumento utilizado por Murray e Spalding para considerar a liberdade de corrupção um direito humano se apresenta no sentido de que é absolutamente impossível tratar de outros direitos humanos fundamentais, incluindo os direitos à saúde e à educação, sem também tratar da corrupção. Se os índices de percepção da corrupção forem baixos, mais facilmente os demais

¹⁵² DWORKIN, *Levando os direitos a sério* [Trad. Nelson Boeira, 3ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2010], pp. 145-149.

direitos humanos serão respeitados, sendo a recíproca também verdadeira: onde a corrupção for endêmica ou institucionalizada, será mais difícil combater os abusos aos demais direitos humanos e as iniciativas de ajuda internacional serão menos eficazes no sentido de melhorar o acesso a alimentos, medicamentos, educação e outras necessidades humanas básicas.

Embora os esforços anticorrupção estejam crescendo em todo o mundo, e iniciativas como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção tenham procurado fomentar a implementação de leis anticorrupção, ainda falta vontade política em muitos países. Enquadrar a liberdade da corrupção como um direito humano básico certamente fará surgir o ímpeto necessário para muitos países passarem a abordar seriamente a corrupção em todos os níveis e, assim, reforçarem as iniciativas de combate à corrupção.

Diante de todos esses argumentos, Matthew Murray e Andrew Spalding¹⁵³ concluem, no final de seu texto, o seguinte:

[...] até que a liberdade de corrupção seja considerada um direito humano autônomo, o estado de governança previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem, na Convenção da ONU contra a Corrupção e em outras convenções de direitos humanos e anticorrupção será uma mera ilusão. O direito de obter serviços públicos básicos livres de extorsão oficial é uma condição *sine qua non* para uma boa governança. Sem essa proteção, será impossível a implementação dos direitos civis e políticos fundamentais, bem como dos novos direitos econômicos e sociais para a educação, saúde e habitação.

[...]

Um novo direito humano, além de ajudar a estimular os governos a cumprir as leis anticorrupção aplicáveis e a proteger os cidadãos das extorsões, também seria uma ferramenta que poderia ser utilizada por todas as partes interessadas para exigir transparência e honestidade do governo. Além disso, ajudaria a garantir a proteção por parte dos governos de uma série de outros direitos humanos, a prestação de serviços sociais essenciais e a criação de condições para um crescimento econômico sustentável.

Apesar de o direito internacional ainda não considerar um ato de corrupção oficial como a violação de um direito humano, governos e organismos internacionais têm amplamente adotado princípios, leis e ferramentas para enfrentar a corrupção tanto interna como transnacional e, assim, melhorar a qualidade de vida de suas vítimas.

Como a arquitetura anticorrupção, ainda assim, não está a funcionar como previsto se para assegurar a aplicação efetiva, urge inserir as normas anticorrupção sobre uma base conceitual mais forte, com o reconhecimento da liberdade de corrupção oficial como um direito humano universal, fundamental e inalienável.

¹⁵³ MURRAY/SPALDING, *op. cit.*

CAPÍTULO II – INTEGRIDADE GOVERNAMENTAL

1 SIGNIFICADO DE “INTEGRIDADE GOVERNAMENTAL”

1.1 Novas exigências do mundo contemporâneo e os princípios de gestão ética no serviço público

O Estado de Direito proporciona a confiança de que o que é verdade hoje será verdade amanhã também.

Linda Greenhouse

O *Welfare State*, já retratado no Capítulo I, Item 2.3.1, acabou ultrapassando seus próprios limites e chegou ao século XXI enfraquecido e amplamente questionado em relação à sua eficiência, tanto no tocante à geração e distribuição de riquezas como na prestação de serviços públicos.¹⁵⁴ A classe média percebeu que o Estado estava gastando uma fortuna em impostos arrecadados e boa parte desse dinheiro estava sendo desperdiçado ou desviado, debilitando ou colocando em risco uma série de direitos duramente conquistados.¹⁵⁵

Essa crise de confiança que coloca em cheque políticos e governantes guarda relação direta com a situação econômica do país: em tempos de fartura e de bonança, a indignação da sociedade com a corrupção é facilmente controlada, pois, para muitos, na ausência de dificuldades financeiras, ilícitos dessa natureza são considerados meros *caprichos do poder* perfeitamente toleráveis. Por outro lado, quando a população perde o poder de compra e se endivida, a corrupção passa a ser considerada a razão de todos os males, gerando enorme pressão social.

Essa disfunção social crescente decorrente de um período de grave crise econômica fez com que os governos de muitos países optassem por voltar ao modelo liberal de Estado mínimo¹⁵⁶ – o *neoliberalismo* – gerando uma grande onda de privatizações de empresas estatais ineficientes e caras para impulsionar o desenvolvimento e, assim, dar uma resposta à população cada vez

¹⁵⁴ “O Estado fica cada vez maior porque os eleitores exigem cada vez mais dele; mas perdem confiança nele quando começam a sentir seu peso crescente, o que os torna ainda mais exigentes. As próprias forças que impulsionam a expansão do Estado ao mesmo tempo enfraquecem as reivindicações de autoridade pelo Estado. Gera-se, assim, um sentimento constante de frustração e medo. Os cidadãos comuns receiam que jamais receberão as pensões ou a assistência médica com as quais vinham contando” (*id.*, *ibidem*, p. 221).

¹⁵⁵ “Vivemos hoje aquilo que Rosanvallon (2006) identificou como a *contrademocracia*, discorrendo sobre a política na era da desconfiança. A tanto referida crise de representação impacta o ideal democrático, que determina, por sua vez, a reação da sociedade a essas disfunções originárias do regime representativo” (VALLE, *Direito fundamental à boa administração e governança*, Belo Horizonte, Fórum, 2011, p. 150).

¹⁵⁶ “Se a teoria libertária dos direitos estiver correta, muitas atividades do Estado moderno são ilegítimas e violam a liberdade. Apenas um Estado mínimo – aquele que faça cumprir contratos, proteja a propriedade privada contra roubos e mantenha a paz – é compatível com a teoria libertária dos direitos. Qualquer Estado que vá além disso é moralmente injustificável” (SANDEL, *op. cit.*, p. 79).

mais insatisfeita. Apesar dos nobres objetivos originários, os processos de privatizações em vários países do mundo acabaram servindo de cenário para uma série de escândalos de corrupção.¹⁵⁷

Para os países que foram a fundo na estratégia das privatizações, como Brasil e Portugal, restaram, ainda, dois papéis de grande impacto na economia no tempo presente: a regulamentação e as compras governamentais. Com isso, o Estado se torna um ator econômico com um poder desproporcional em relação aos demais, sendo, por isso, fundamental que a construção de todos os seus procedimentos esteja pautada na ética e na legalidade. Quando isso não ocorre na prática, o cenário de estímulo às práticas corruptas é montado, se torna enraizado e pode destruir o Estado, como já indicava Rousseau. Má gestão pública e corrupção, assim, são mazelas que se apresentam entrelaçadas:

[...] a corrupção é sintoma de que qualquer coisa correu mal na condução do Estado. Trata-se, pois, do reconhecimento da fragilidade de uma determinada nação cuja gestão administrativa apresentou severas e incontornáveis debilidades institucionais, deixando que o exercício pleno do poder se convertesse em algo inócuo em sua concretização e, ao mesmo tempo, insubsistente aos fins pretendidos dentro do âmbito de sua soberania.¹⁵⁸

Robert Klitgaard¹⁵⁹, inclusive, desenvolveu uma fórmula que define corrupção a partir do monopólio sobre bens ou determinados serviços por uma organização, da discricionariedade em decidir quem vai recebê-lo e em que quantidades e da ausência de regras ou práticas de *accountability*¹⁶⁰. A fórmula é a seguinte: $C = M + D - A$, onde: C = corrupção; M = monopólio; D = discricionariedade; A = *accountability*.

No âmbito da Administração Pública a corrupção seria, assim, diretamente proporcional ao monopólio e à discricionariedade¹⁶¹, e inversamente proporcional ao dever de prestar contas. O

¹⁵⁷ “A natureza da corrupção associada ao sector empresarial do Estado alterou-se com os processos de privatização. Se o patrocínio político e a má gestão do aparelho produtivo e empresarial do Estado eram fonte de preocupação nos finais de 70 e 80, a redução do sector empresarial do Estado na década de 90 criou margens e lucro ilícito consideráveis para os actores envolvidos nos processos de avaliação e de negociação da venda de bens do Estado” (SOUSA, *op. cit.*, p. 52).

¹⁵⁸ PEREIRA, *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*, *op. cit.*, p. 55.

¹⁵⁹ KLITGAARD, “International Cooperation Against Corruption”, in *Finance and Development*, vol. 35, Publicação do Fundo Monetário Internacional, março de 1998, pp. 3-6 [disponível em <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/1998/03/pdf/klitgaar.pdf>, acesso em 20 de agosto de 2016].

¹⁶⁰ *Accountability* é a “obrigação que têm as pessoas ou entidades, as quais foram confiados recursos públicos, de prestar contas, responder por uma responsabilidade assumida e informar a quem lhes delegou essa responsabilidade” (ATRICON, *Normas de Auditoria Governamental – NAGs: Aplicáveis ao Controle Externo*, Brasília, Instituto Rui Barbosa, 2010, p. 11). Na seara governamental, “[s]egundo a clássica distinção proposta por O’Donnell (1998) para as formas de *accountability*, enquanto a *accountability* vertical representaria a relação entre a população e as autoridades públicas e seria manifestada principalmente por meio das eleições, a *accountability* horizontal estaria relacionada com a existência de agências estatais que têm o poder de realização ações de controle e fiscalização, mecanismo que a literatura usualmente denomina *checks and balances*” (SPINELLI/CRUZ, “Controle interno e prevenção da corrupção”, in *Controladoria no setor público*, coord. A. C. BLACHERIENE, et al., Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 221).

¹⁶¹ “Se não houver um protocolo definido para a análise de uma candidatura a um subsídio, por exemplo, é mais fácil tomar atalhos sem ser detetado. Se os critérios para a atribuição não estiverem bem definidos, ou se não houver regras técnicas uniformes, as possibilidades para alegar que se estava a interpretar a lei são maiores. Quanto mais forem os poderes discricionários, maiores as possibilidades de abuso. Se um agente tem ordens precisas é fácil para o supervisor e para o principal detetarem anomalias, mas se cada agente puder escolher que processos

fato de a prática corrupta ter sido operacionalizada não significa, necessariamente, que a livre vontade individual tenha sido o fator decisivo para sua ocorrência, pois existe uma correlação direta entre a gestão pública e a corrupção: para que um esquema ilícito funcione, é preciso retirar a transparência, não prestar contas e deixar o mercado nas mãos de poucos competidores. O controle da corrupção, portanto, depende de um conjunto mutável de microfatores, que combina redução dos monopólios, regulação do poder de concedê-los, democratização do poder decisório do gestor público, transparência em relação a essas decisões e aprimoramento do dever de prestação de contas.

É importante destacar, por outro lado, que a ideologia política e intervencionismo econômico não guardam qualquer relação direta com a corrupção: o ranking de 2016 sobre a percepção da corrupção no mundo, elaborado pela organização Transparência Internacional¹⁶², mostra boa pontuação tanto para países liberais, como o Reino Unido (81 pontos), quanto para os países nórdicos – Finlândia (89 pontos), Suécia (88 pontos) e Noruega (85 pontos) –, conhecidos pela forte presença do Estado na economia e pela alta carga tributária¹⁶³.

Entretanto, dentro da estrutura político-administrativa de qualquer Estado, sempre haverá o risco de aqueles que ocupam cargos públicos usarem o poder que lhes é delegado em prol de benefícios pessoais. Por isso, a *integridade governamental* (e política) deve ser também analisada sob o prisma da equidade, no sentido de que todo e qualquer cidadão deve ser tratado de forma isonômica pelo Estado, e também da imparcialidade, no sentido de que os recursos públicos devem ser bem geridos e distribuídos com impessoalidade.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a partir dessa mesma linha, estabeleceu doze princípios de gestão ética no serviço público para orientar os agentes políticos na estruturação de seus sistemas de gestão com base na integridade.¹⁶⁴ Com a advertência de que esses princípios devem servir como instrumento para os países se adaptarem às condições nacionais, não funcionando, assim, como fins em si mesmos, a OCDE propõe as

têm prioridade, é virtualmente impossível detetar que o agente foi subornado para despachar um caso com mais urgência” (CUNHA, *op. cit.*, p. 104).

¹⁶² TRANSPARENCY INTERNATIONAL, “Table of Results: Corruption Perceptions Index 2016”, *op. cit.*

¹⁶³ “A Suécia, assim como os demais países nórdicos, segundo o cientista político Bo Rothstein, representa uma espécie de enigma no debate sobre a corrupção. O país possui todas as características que, segundo a cartilha da teoria econômica convencional, deveria tê-lo transformado em uma sociedade irremediavelmente corrupta: um amplo setor público, um governo intervencionista e grandes burocracias com farto poder decisório sobre diversos tipos de regulamentações. Mas os indicadores mundiais da corrupção indicam precisamente o oposto” (WALLIN, *op. cit.*, p. 212).

¹⁶⁴ OCDE, “1998 Recommendation of the OECD Council on Improving Ethical Conduct in the Public Service,36 Including Principles for Managing Ethics in the Public Service”, *Building Public Trust: Ethics Measures in OECD Countries*, 2000 [disponível em <http://www.oecd.org/gov/ethics/Principles-on-Managing-Ethics-in-the-Public-Service.pdf>, acesso em 11 de outubro de 2016].

seguintes balizas integradoras da gestão da ética com o ambiente de gerenciamento público mais amplo:

a) *As normas éticas para o serviço público devem ser claras*: os funcionários públicos precisam conhecer não apenas as normas básicas que devem orientar o seu trabalho, mas também as posturas pessoais que devem ser observadas diante de eventuais conflitos de interesses, objetivos, esses, que podem ser perfeitamente alcançados por uma declaração concisa e bem divulgada dos padrões éticos e princípios fundamentais que orientam o serviço público (código de conduta).

b) *As normas éticas devem estar refletidas no quadro jurídico*: o quadro legal serve de base intercomunicante dos padrões mínimos obrigatórios e dos princípios de comportamento para cada funcionário público. As leis e os regulamentos devem declarar os valores fundamentais do serviço público e fornecer a estrutura para orientação, investigação, ação disciplinar e repressão.

c) *A orientação ética deve estar disponível para os funcionários públicos*: a socialização profissional deve contribuir para o desenvolvimento do julgamento e as habilidades necessárias que permitam aos funcionários públicos aplicar os princípios éticos em circunstâncias concretas. O treinamento e a formação facilitam a consciência ética e podem desenvolver habilidades essenciais para a análise ética e o raciocínio moral. Para tanto, mecanismos de orientação e de consulta interna devem estar disponibilizados para auxiliar os funcionários públicos na aplicação dos padrões éticos básicos no local de trabalho.

d) *Os funcionários públicos devem conhecer os seus direitos e deveres ao expor irregularidades*: ao mesmo tempo em que os servidores públicos precisam ter plena certeza de que a proteção estará disponível em caso de denúncia de irregularidades, eles precisam também de ter a consciência de que possuem o dever de provocar a iniciativa das autoridades internas e externas responsáveis, ministrando-lhes informações sobre fatos que constituam ilícito de qualquer natureza e indicando-lhes os elementos de convicção. O Poder Público, por sua vez, tem o dever de estabelecer regras claras e procedimentos a serem seguidos pelos seus servidores dentro de uma cadeia formal das responsabilidades.

e) *O compromisso político público com a ética deve reforçar o comportamento ético dos servidores públicos*: os líderes políticos são responsáveis por manter um alto padrão de decoro no exercício das suas funções oficiais e, por isso, devem estar comprometidos com uma clara e

decidida vontade política de lutar contra a corrupção.¹⁶⁵ Esse compromisso deve ser demonstrado pelo exemplo pessoal e pela adoção de medidas que reforçam o comportamento ético e criam sanções contra os diversos tipos de ilicitudes que podem macular a Administração Pública (*tone at the top*).¹⁶⁶

f) *Os processos de tomada de decisão devem ser transparentes e abertos à fiscalização e controle*: a sociedade, de modo geral, tem o direito de saber como as autoridades públicas exercem o poder e administram os recursos públicos que lhes são destinados. Essa avaliação pública deve ser facilitada pela utilização de processos transparentes e democráticos, pela supervisão por parte do Poder Legislativo e pelo acesso à informação pública. A transparência pode ainda ser reforçada por sistemas oficiais de divulgação (portais da transparência) e pela garantia do papel de uma mídia ativa e independente.

g) *Devem existir diretrizes claras para a interação entre os setores público e privado*: o comportamento dos servidores públicos diante do setor privado deve ser orientado a partir de regras claras que definam os padrões éticos a serem observados. O aumento cada vez maior da interação entre os setores público e privado exige uma maior atenção interna em relação aos valores do serviço público e, também, o respeito dos parceiros externos em relação a esses mesmos valores.

h) *Os gestores devem incentivar e promover a conduta ética*: um ambiente organizacional onde padrões de conduta são incentivados por uma avaliação de desempenho eficaz e pela meritocracia gera um impacto direto sobre a conduta diária dos servidores públicos no tocante à observância dos valores do serviço público e das normas éticas.

i) *A gestão de políticas, procedimentos e práticas deve promover a conduta ética*: a simples implementação de uma estrutura administrativa baseada na necessidade de cumprimento de regras de conformidade é capaz de atingir apenas alguns poucos funcionários públicos. Por isso, é necessária a adoção de uma política de governo que não apenas estabeleça os padrões mínimos

¹⁶⁵ “Os líderes políticos devem ser exemplo para as crianças e liderar campanhas anticorrupção nas quais seja importante, naturalmente, capturar os cabeças (os ‘peixes graúdos’). Mas não é só isso, é também necessário fazer um bom diagnóstico da corrupção com a colaboração das pessoas envolvidas; devem buscar objetivos viáveis e fazê-lo de forma pragmática sem tentar fazer tudo ao mesmo tempo” (“Relatório Especial ‘A corrupção, o calcanhar de Aquiles das democracias latino-americanas’”, produzido pelo Centro de Liderança por meio do Conhecimento da Llorente & Cuenca, Madrid, setembro 2016, p. 18).

¹⁶⁶ “Escrevendo por volta de 122 a.C., os autores do Huai-nan Tzu assim se expressaram: ‘O poder de conseguir sucesso ou insucesso reside no governante. Se a estratégia for correta, então o procedimento também o será, não porque se faça um esforço especial, mas porque o que é feito mecanicamente tem um resultado inexorável. Da mesma forma, se o governante é sincero e ereto, então os funcionários honestos servirão em seu governo e os canalhas se esconderão, mas, se o governante não for correto, os homens maus terão sua vez e os leais se afastarão” (KLITGAARD, *A Corrupção sob Controle*, op. cit., pp. 105-106).

de conduta aceitáveis, mas também seja capaz de disseminar os valores que os funcionários devem aspirar dentro do serviço público.

j) *As condições de serviço público e a gestão dos recursos humanos devem promover a conduta ética*: a regulamentação e a segurança quanto às perspectivas na carreira, do desenvolvimento pessoal, da remuneração adequada e das políticas de gestão de recursos humanos devem ser utilizadas no sentido criar um ambiente propício para o comportamento ético e para operacionalizar a integridade no serviço público.

l) *Os mecanismos de responsabilização adequados devem se fazer presentes no serviço público*: a partir da existência de um sistema de controle interno e externo efetivo, os servidores públicos devem ter plena consciência de que serão responsabilizados por suas ações. Para tanto, faz-se necessária a exigência de uma prestação de contas que se concentre tanto no cumprimento das regras e princípios éticos como na obtenção de resultados. Aqui busca-se não só a constituição de instituições mais sólidas, independentes e efetivas, mas sobretudo com real capacidade sancionadora e respaldada por uma vontade política de ver cumpridas as regras e princípios que regem a Administração Pública. Tem-se aqui um ponto fundamental da integridade governamental, pois deve ela se prestar, dentre outros propósitos, a fornecer uma *base de confiança*¹⁶⁷ para os cidadãos em relação a seus sistemas políticos. Se os servidores públicos não possuem integridade, dificilmente os cidadãos neles confiarão ou presumirão em suas atividades a boa-fé. Destaque-se que esta observação nada tem a ver com a corrupção propriamente dita e vale independentemente de os funcionários estarem se corrompendo ou não.

m) *Os procedimentos adequados e as sanções devem estar previstos para regular as condutas ilícitas*: mecanismos para detecção e investigação independente de quaisquer irregularidades, inclusive a corrupção, devem figurar como partes necessárias da infraestrutura de integridade. É necessária a existência não apenas de um aparato institucional forte e de procedimentos confiáveis e de recursos para o monitoramento de eventuais violações das regras que orientam o serviço público, mas também de sanções administrativas ou disciplinares proporcionais capazes de desencorajar a má conduta.

¹⁶⁷ “É a relação de confiança no outro que é corrompida quando o público é usado no interesse do privado. Não apenas a relação de confiança no agente em concreto que praticou a ação, mas em todos os agentes – quer sejam corruptos ou não – e nas instituições em que estes estão inseridos, bem para lá do momento em que todos os potenciais envolvidos saíam da mesma. A natureza oculta do pacto agente-cliente, que está na base de muitas formas de corrupção, faz estender esta desconfiança a todos os elementos da sociedade; e quanto mais endêmica for a corrupção, mais se reforça o sentimento de desconfiança social” (CUNHA, *op. cit.*, p. 132).

Todas essas considerações indicam que uma definição satisfatória de integridade governamental tem que se estabelecer não apenas em relação à adoção das políticas públicas corretas, mas também à implementação das mesmas da maneira adequada, à luz do *princípio da moralidade administrativa*. Isso significa que os atos administrativos devem ser sempre praticados de acordo com as exigências da moral e dos bons costumes, visando a uma boa administração. O gestor público, desse modo, tem o dever de agir para atender os padrões de conduta que são considerados relevantes pela comunidade e que sustentam a própria existência social. Assim, um conceito de integridade governamental dificilmente poderia abranger regimes moralmente repreensíveis, como o Apartheid e o nazismo, ainda que estejam estes respaldados em ordenamentos jurídicos bem definidos.

Infelizmente, esta definição levanta questões difíceis do que é *certo* e de quem decide *o que é certo* – estas são questões da ética normativa que não admitem uma resposta universalmente aceitável. O problema, entretanto, não é insuperável, pois os indivíduos dentro das sociedades possuem uma ideia mais ou menos coerente daquilo que é moralmente certo ou errado.

Com efeito, isso acrescenta na integridade um critério oriundo da opinião pública: se a maioria significativa da população concluir que uma medida tomada por um funcionário público é moralmente errada, então ela não será uma medida adotada com integridade. Essa ideia alinha-se, inclusive, com o pensamento de Cícero no sentido de que “[...] a indiferença à opinião pública implica não apenas em autossuficiência, mas ainda em total falta de princípios”.¹⁶⁸

A política pública precisa, ainda, ser executada da *maneira correta*, o que significa dizer que as ações governamentais precisam observar procedimentos justos e apropriados e, em outras palavras, reafirma o pensamento de Confúcio no sentido de que, em se tratando de Administração Pública, o “fim não pode justificar os meios”, sob pena de ser eliminada daquela medida administrativa a indelével integridade.

1.2 O direito fundamental a uma “boa administração”

*It is clear, that a framework of good governance, if actually established,
leads to a significantly increased effectiveness of human rights.*

Christian Tomuschat

¹⁶⁸ CÍCERO, *Dos Deveres*, São Paulo, Editora Martin Claret, 2009.

O *princípio da boa administração*, inserido dentre aqueles que devem orientar todas as atividades do Poder Público, era concebido apenas como uma garantia de eficiência da Administração Pública, assegurando que os interesses públicos fossem plenamente tutelados¹⁶⁹. Com o tempo, a boa administração evoluiu para um instrumento de tutela dos direitos dos cidadãos e, assim, a *governança* tornou-se um elo de ligação entre a atividade política e a função administrativa, com reflexos diretos nos direitos e deveres dos cidadãos.

O termo *governança* é utilizado no Livro Branco da Governança Europeia¹⁷⁰ para designar “o conjunto de regras, processos e práticas que dizem respeito à qualidade do exercício do poder a nível europeu, essencialmente no que se refere à responsabilidade, transparência, coerência, eficiência e eficácia”. O Banco Mundial, por sua vez, define governança atrelando seu conceito às causas da corrupção:

Governance refers to the manner in which public officials and public institutions acquire and exercise the authority to provide public goods and services, including the delivery of basic services, infrastructure, and a sound investment climate. Corruption is one outcome of weak governance.¹⁷¹

Pode-se dizer que a governança, por tudo isso, é uma ideia que associa a cidadania emancipada à boa administração, fortalece o viver democrático¹⁷² e guarda vinculação direta com a gestão do setor público, *accountability* e um sistema legal para o desenvolvimento, a transparência e o acesso à informação. Guy Peters, nessa mesma linha, desdobra a governança pública em quatro componentes gerais: a) a eleição de objetivos coletivos e legítimos pela sociedade; b) o estabelecimento de coerência e coordenação na concepção e na gestão de políticas públicas; c) a disponibilidade de condições apropriadas para implementação das políticas públicas, em que se pode contemplar a capacidade interna da burocracia estatal e a articulação do Estado com atores não governamentais em geral; d) a efetivação de processos de aprendizado contínuo e de *accountability*, englobando o acesso a informação de desempenho e formas de responsabilização dos gestores perante a sociedade.¹⁷³

¹⁶⁹ Reportando-se ao princípio da eficiência como uma faceta do princípio da boa administração, que se revela mais amplo, cf. BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, 25ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 122.

¹⁷⁰ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Governança Europeia. Um Livro Branco, COM 2001/428 [disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV%3A110109>, acesso em: 15 de janeiro de 2015].

¹⁷¹ Tradução livre: “Governança se refere à maneira através da qual os agentes e instituições públicas adquirem e exercem sua autoridade para o provimento de bens e serviços públicos, incluindo a oferta de serviços essenciais, infraestrutura e um ambiente favorável ao investimento. A corrupção é um dos produtos de uma governança frágil” (WORLD BANK, *Strengthening World Bank Group Engagement on Governance and Anticorruption*, Washington, The World Bank, 2007, p. 67 [disponível em <http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corecourse2007/GACMaster.pdf>, acesso em 15 de outubro de 2016]).

¹⁷² Vanice Regina Lório do Valle explica que “[...] a ideia de governança atrai a noção de pluralismo, a valorização da interação social e o caráter político das escolhas públicas, como elementos indissociáveis de um modo de desenvolver a administração pública, trazendo à reflexão os meios institucionais e relacionais nesse modo de gerir a coisa pública” (VALLE, *op. cit.*, p. 43).

¹⁷³ PETERS, “Governance and Sustainable Development Policies”, in *Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável – Rio+20*, Organização das Nações Unidas (ONU), Rio de Janeiro, 2012.

Não é por outros motivos que a expressão *boa governança* vem definida no Acordo de Cotonou¹⁷⁴, em seu art. 9º, como a “gestão transparente e responsável dos recursos humanos, naturais, econômicos e financeiros para efeitos de desenvolvimento equitativo e sustentável”. Todo esse movimento fez com que a *IFAC – International Federation of Accountants* (Federação Internacional de Contadores) desenvolvesse os princípios basilares da boa governança no setor público¹⁷⁵: a) forte compromisso com a integridade, os valores éticos e o Estado Democrático de direito; b) abertura e abrangente engajamento das partes interessadas; c) definição de resultados em termos de benefícios econômicos, sociais e ambientais sustentáveis; d) determinação das intervenções necessárias para otimizar a realização dos resultados pretendidos; e) desenvolvimento da capacidade plena da entidade, incluindo a capacidade de sua liderança e dos indivíduos que a integram; f) gerenciamento dos riscos e do desempenho através de um controle interno robusto e de uma gestão financeira pública forte; g) implementação de boas práticas de transparência e de acesso informação para alcançar uma responsabilização efetiva.

Por tudo isso, de um modo mais simples, pode-se dizer que a boa gestão pública está assentada no tripé *vontade política, probidade administrativa e competência gerencial*¹⁷⁶, o que faz com que o produto da arrecadação de impostos possa ser transformado, com perdas mínimas, em benefícios diretos para a população¹⁷⁷. O oposto também é verdadeiro: quando a prática do suborno domina a gestão, as decisões passam a ser determinadas pela lógica corrupta e não pelo interesse da coletividade, fazendo surgir um ambiente de corrupção sistêmica que exaure os recursos públicos.

Daniel Kaufmann¹⁷⁸, com maior aprofundamento, registra que o conceito de *boa governança* estabelece uma ligação entre direitos civis e políticos, por um lado, e os direitos humanos

¹⁷⁴ O Acordo de Cotonou é um acordo de cooperação comercial, técnico-financeira e diálogo político entre a União Europeia e os países da ACP (África, Caribe e Pacífico). Assinado em 23 de Junho de 2000 em Cotonou, Benin, o acordo afeta diretamente mais de 100 países e irá regulamentar a relação UE-ACP pelo menos até 2020.

¹⁷⁵ IFAC – International Federation of Accountants, “Good Governance in the Public Sector — Consultation Draft for an International Framework”, 2013 [disponível em <http://www.ifac.org/system/files/publications/files/Good-Governance-in-the-Public-Sector.pdf>, acesso em 27 de outubro de 2016].

¹⁷⁶ SPINELLI/CRUZ, *op. cit.*, p. 232.

¹⁷⁷ Entre os 30 países que possuem as maiores cargas tributárias do planeta, o Brasil é o que proporciona o pior retorno à população pelos tributos arrecadados nas esferas federal, estadual e municipal. A constatação é do estudo “Carga Tributária/PIB x IDH – Cálculo do Índice de Retorno de Bem Estar à Sociedade – IRBES”, criado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT –, que leva em consideração a carga tributária em relação ao PIB, ou seja, toda a riqueza produzida no País, e o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH –, que mede a qualidade de vida da população, de 2013. O estudo aponta que, apesar de terem carga tributária muito próxima à do Brasil – que em 2013 foi de 35,04% do PIB –, a Islândia (35,50%), Alemanha (36,70%) e Noruega (40,80%) estão muito à frente no que se refere a aplicação dos recursos em benefício da população, ocupando a 14ª, 15ª e 18ª posições, respectivamente (IBPT, “Cálculo do IRBES (Índice de Retorno de Bem Estar à sociedade): Estudo sobre a Carga Tributária/PIB x IDH”, 2015 [disponível em <http://ibpt.impostometro.s3.amazonaws.com/Arquivos/06%2BIRBES%2B2015.pdf>, acesso em 15 de novembro de 2016]).

¹⁷⁸ KAUFMANN, “Human Rights and Governance: The Empirical Challenge”, in *Human Rights and Development: Towards Mutual Reinforcement*, New York, New York University, 2004, p. 18.

econômicos, sociais e culturais, por outro. Isso porque estudos têm mostrado que a governança, a luta contra a corrupção e o Estado Democrático de Direito só podem prosperar em um ambiente em que os direitos civis básicos e os direitos humanos políticos sejam respeitados, funcionando como condição prévia para o exercício dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. Portanto, de acordo com Kaufmann, a agenda da boa governança pressupõe certos direitos civis e políticos, a fim de que possam ser realizados os direitos sociais, econômicos e culturais. Pode-se dizer, assim, que o debate sobre a governança envolve diretamente os direitos humanos diante de seu papel fundamental na criação de um ambiente propício para a ocorrência do efetivo e sustentável desenvolvimento econômico.

Não foi por outro motivo que a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)¹⁷⁹ promoveu, de certa forma, uma “consolidação” dos regramentos da boa administração como direito fundamental, já que suas dimensões, até então, eram delineadas em grande parte pela jurisprudência.¹⁸⁰ Assim, o art. 41º/1 da CDFUE previu expressamente o *direito a uma boa administração*, o qual corresponde ao direito de todos de que “seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável”. Logo a seguir, o art. 41º/2 dispõe – de forma exemplificativa – que tal direito envolve, nomeadamente, o direito de o indivíduo ser ouvido antes de se tomar alguma medida que venha afetá-lo negativamente; o direito de acesso aos processos que lhe digam respeito; e o dever de fundamentação por parte da Administração de suas decisões. O n.º 3 do citado artigo ainda prevê que “[t]odas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros”¹⁸¹.

O direito fundamental à boa administração ou à boa governança, segundo o Livro Branco da Governança Europeia¹⁸², deve basear-se em cinco princípios: (a) o *princípio da abertura*, que exige uma atuação transparente e a utilização de uma linguagem acessível ao público; (b) o *princípio da participação no desenvolvimento e aplicação de políticas da União Europeia*, que

¹⁷⁹ PARLAMENTO EUROPEU, CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA E COMISSÃO EUROPEIA, Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), de 30 de maio de 2010 [disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2010.083.01.0389.01.POR&toc=OJ.C:2010.083:TOC, acesso 25 de setembro de 2016].

¹⁸⁰ Embora o Tratado que instituiu a Comunidade Europeia, por exemplo, já tivesse feito referência a um dever de boa gestão financeira que constituía a dimensão inicial do princípio da boa administração (cf. arts. 287º/2 e 317º do TFUE, que correspondiam aos arts. 248º e 274º do TCE).

¹⁸¹ Pode-se dizer que o Tribunal de Justiça da União Europeia já vinha aplicando o conteúdo do art. 41º da CEDF antes mesmo de sua entrada em vigor, conforme se observa no acórdão do Tribunal de Primeira Instância proferido no processo T-54/99, movido por Max.Mobil Telekommunikation Service GmbH contra a Comissão Europeia. A decisão se reporta expressamente ao dever de diligência da Administração refletido no direito à boa administração (SILVA, *Direito Administrativo Europeu. Sumários desenvolvidos de Jurisprudência de Direito Administrativo*, 2º Ciclo de Estudos em Direito, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009/2010, p. 30).

¹⁸² Princípios relacionados no Livro Branco sobre a Governança Europeia, que os intitula “princípios da boa governança”.

aumenta a confiança no resultado final e nas instituições; (c) o *princípio da responsabilização*, que ilustra a necessidade de se definir as atribuições e o grau de responsabilização dos Estados-Membros e demais participantes das ações a nível europeu; (d) o *princípio da eficácia*, que exige políticas eficazes e sua aplicação de forma proporcional aos objetivos perseguidos; e (e) o *princípio da coerência*, que revela a necessidade de adoção de medidas e políticas nos vários níveis, coordenadas e coerentes com a busca de uma finalidade comum.

Vanice Regina Lírio do Valle enumera com bastante clareza os elementos integrantes do direito fundamental à boa administração:

1. Em decorrência da função protetiva, um espaço isento de atuação dos titulares, os quais, livres de quaisquer interferências, têm o direito de formular as próprias escolhas; 2. A garantia da intervenção individual na formação da vontade dos poderes públicos; e 3. As condições propiciadas pelos poderes públicos para superar condição pessoal que os impeça de exercer os valores da moralidade privada.¹⁸³

É inegável que, diante de sua base principiológica, a boa governança enfatiza questões com repercussões politicamente fortes, envolvendo a transparência, o controle interno efetivo, a composição qualificada do corpo diretivo e o comprometimento completo e total da alta cúpula com o interesse público, a fim de garantir outros direitos fundamentais. Por isso, apesar de essa construção ter sido idealizada para a União Europeia, é possível afirmar que sua estruturação serve para a Administração Pública de qualquer país do mundo¹⁸⁴, inclusive o Brasil:

Se o ponto central é na sua gênese a capacidade do Estado em gerir seus problemas financeiros e administrar seus recursos, a boa governança toca, também, na essência do Estado, além do desenvolvimento sustentável, centrado na pessoa humana. Baseia-se, portanto, no respeito dos direitos humanos e liberdades fundamentais, na democracia do Estado de Direito e no sistema de governo transparente e responsável. Um programa que bem cabe no art. 1º da CF 88.¹⁸⁵

Não é demais lembrar, a esse respeito, que o § 2º do art. 5º da Constituição Federal Brasileira estabelece que “[o]s direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Essa *cláusula de abertura* permite a identificação

¹⁸³ VALLE, *op. cit.*, p. 76.

¹⁸⁴ Fábio Medina Osório, inclusive, acentua que “[o] imperativo de boa gestão pública se aplica, pois, a todos os Poderes de Estado, a todo o setor público, não importando a natureza nem a qualidade do órgão ou de seus titulares. Tem-se um panorama de obrigações cada vez mais intensas aos gestores públicos, os quais não se tornam menos responsáveis apenas por cumprirem ditames burocráticos das regras e procedimentos legais. A legitimação pelas formalidades persiste válida, mas é essencialmente complementada pela lógica dos resultados e da técnica correta no manejo de competências discricionárias” (OSÓRIO, *Teoria da improbidade administrativa – má gestão pública – corrupção – ineficiência*, *op. cit.*, p. 46).

¹⁸⁵ WEINGARTNER NETO/VIZZOTTO, “Ministério Público, ética, boa governança e mercados: uma pauta de desenvolvimento no contexto do direito e da economia”, in *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, 2ª ed., org. I. W. SARLET, et al., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013, p. 258.

e a construção pela jurisprudência de direitos materialmente fundamentais não expressamente positivados, como aqueles espalhados em outras partes da Constituição e nos tratados internacionais. Por tudo isso, o direito fundamental à boa administração deve ser reconhecido, por sua absoluta simetria, como integrante do ordenamento jurídico brasileiro.¹⁸⁶

1.3 A importância da transparência e do acesso às informações de interesse público para a integridade governamental

Escândalo é apenas a corrupção que vem a público.

Norberto Bobbio

É inegável que o sistema democrático facilita o conhecimento da população em geral acerca de quem corrompe, de quem é corrompido e, via de consequência, permite, pelo menos em tese, a depuração no preenchimento dos cargos públicos na eleição seguinte. Apenas a democracia na escolha dos representantes, entretanto, não é suficiente: é preciso que os cidadãos tenham à disposição ferramentas de acesso à informação capazes de permitir uma análise autêntica das ações governamentais.¹⁸⁷ Para tanto, em pleno século XXI, um instrumento fundamental na luta contra a corrupção é a inovação tecnológica, a qual é dotada de potencial para reduzir as oportunidades de prática dessa espécie delituosa, pois os cidadãos, investidos de novos poderes e tendo à disposição mais informação, certamente passarão a ser mais exigentes, o que aumentará o grau de responsabilidade do governo. A tecnologia não é uma panaceia, mas, se for combinada com reformas políticas inteligentes, será capaz de trazer uma contribuição significativa em prol da boa governança.

“Nas coisas do poder, o melhor desinfetante é a luz do sol”. A frase, dita em 1914 por Louis Brandeis, ex-juiz da Suprema Corte dos EUA, revela perfeitamente que a visibilidade plena das ações políticas funciona como um componente procedimental fundamental para a integridade governamental. Em outras palavras: a imposição no sentido de que os atos administrativos

¹⁸⁶ “Ponto comum entre os autores nacionais que sustentam a existência em nosso sistema constitucional do direito fundamental à boa administração é o reconhecimento de seu caráter implícito. A ideia é extraída, como já se mencionou, dos fundamentos apontados à República, da disciplina traçada à administração pública (notadamente o princípio da eficiência orientado à concretização dos direitos fundamentais) e de outros pontos do texto constitucional, tudo na mais perfeita consonância com os termos do art. 5º, § 2º, da CF” (VALLE, *op. cit.*, p. 80).

¹⁸⁷ “Mais do que qualquer outro, quem contribuiu para esclarecer o nexo entre opinião pública e caráter público do poder foi Kant, que pode com justiça ser considerado como o ponto de partida de todo discurso sobre a necessidade da visibilidade do poder, uma necessidade que é para Kant não apenas política, mas moral. Em seu famoso ensaio sobre o iluminismo, Kant afirma resolutamente que o iluminismo exige ‘a mais inofensiva de todas as liberdades, qual seja, a de fazer uso público da própria razão em todos os campos’. A esta afirmação faz seguir o comentário: ‘O público uso da própria razão deve ser livre o tempo todo e apenas ele pode realizar o iluminismo entre os homens’, desde que por ‘público uso da própria razão’ entenda-se ‘o uso que alguém dela faz como douto diante do inteiro público dos leitores’. [...] Como é natural, o uso público da própria razão exige que sejam públicos os atos do soberano. Exatamente sobre este ponto o pensamento de Kant é muito explícito e merece ser posto em evidência, inclusive por sua atualidade, de maneira muito mais enfática do que a feita até aqui pelos críticos mais perspicazes” (BOBBIO, *O Futuro da Democracia*, 6ª ed., São Paulo, Paz e Terra, 1997, pp. 89-90).

sejam praticados às claras e sob fiscalização dos cidadãos impede que os agentes políticos sigam o mesmo comportamento adotado por Gíges após encontrar o anel que lhe dava o poder da invisibilidade.¹⁸⁸

A transparência e o acesso à informação são fundamentais em três áreas: na busca da eficiência econômica, na prevenção da corrupção e na análise, articulação e aceitação das escolhas políticas governamentais. São essas as ferramentas que permitem que os cidadãos participem de perto das decisões tomadas pelo Poder Público e, principalmente, vigiem os gastos das autoridades e a eficiência das instituições públicas. Não há um só caso de sucesso no combate à corrupção, no qual a regra da completa e total transparência dos atos da administração pública não tenha sido observada. A criação de obstáculos de camuflagem para aqueles que detêm o poder político ou econômico é, com certeza, uma condição absolutamente necessária ao sucesso das ações de combate à corrupção.

O primeiro registro em torno dessa exigência aparece na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, da Organização das Nações Unidas (ONU), a qual, em seu art. XIX, estabelece que “[t]oda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ao tratar do direito fundamental à boa administração, também garante o “direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram”, restringindo-o apenas diante do “respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial” (art. 41º, n.º 2b).

Não é por outra razão que tanto a Constituição Brasileira (art. 37, *caput*) quanto a Portuguesa (art. 119º) obrigam o Poder Público a dar publicidade a todos os seus atos, elevando o princípio da publicidade ao patamar constitucional em ambos os países.

O princípio da *publicidade*, entretanto, deve ser concebido como instrumento de exercício da cidadania, vez que a divulgação de tudo aquilo que é realizado pelos agentes públicos, com ou sem a aplicação de recursos provenientes do erário, é absolutamente fundamental para que os cidadãos possam exercer o poder-dever de fiscalizar os atos e contratos administrativos. Surge, então, o conceito de *transparência*, que é muito mais amplo do que o de publicidade: enquanto

¹⁸⁸ Vide, a esse respeito, Capítulo I, Item 1.1.

esta é atendida com a mera publicação dos atos do Poder Público na imprensa oficial, aquela será verificada apenas quando a Administração Pública for capaz de disponibilizar a informação para o cidadão e, ao mesmo tempo, garantir o pleno acesso à mesma. Essa dicotomia entre os dois conceitos fica ainda mais evidente quando se constata que, muitas vezes, a divulgação das informações não é realizada de forma suficientemente clara, com precisão e em uma linguagem de fácil compreensão para todo e qualquer cidadão, o que faz com que aquela mera publicização não tenha qualquer significado prático.

A transparência envolve o direito que todo e qualquer cidadão possui de obter e interpretar a informação transmitida de forma completa, relevante, objetiva, oportuna, pertinente e confiável acerca da gestão, do manejo de recursos e da conduta dos servidores públicos.¹⁸⁹ Assim, quanto maior for o grau de transparência de um governo, maior a sua legitimidade e sua credibilidade e menores são as chances da prática de atos ilícitos correlacionados à corrupção.

É por isso que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003, estabelece uma correlação direta entre o princípio da máxima transparência e o combate à corrupção ao estabelecer, em seu art. 10, que, “[t]endo em conta a necessidade de combater a corrupção, cada Estado Parte, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, adotará medidas que sejam necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública, inclusive no relativo à sua organização, funcionamento e processos de adoção de decisões, quando proceder”. Vem daí a tendência mundial no sentido de serem editadas leis capazes de assegurar, de forma expressa, a transparência dos atos públicos e de permitir o controle sobre o dinheiro e bens públicos por parte dos cidadãos.

A própria Organização das Nações Unidas, seguindo esse caminho, lançou a ideia dos dados governamentais abertos, ou seja, a disponibilização ao público de informações governamentais em formato aberto e acessível, de tal modo que possam ser reutilizadas, misturadas com informações de outras fontes, gerando novos significados. Lançou, assim, em 2011, a *OGP – Open Government Partnership* (Parceria para Governo Aberto) –, iniciativa em relação a qual o Brasil é fundador ao lado de outros sete países (África do Sul, Filipinas, Indonésia, México, Noruega, Reino Unido e EUA), mas que, atualmente, já conta com mais de sessenta membros. Trata-se de uma iniciativa multilateral que busca assegurar compromissos concretos dos

¹⁸⁹ Juarez Freitas fala no princípio da *máxima transparência*, o qual “[...] quer significar que a Administração há de agir de sorte a nada ocultar e, para além disso, suscitando a participação fiscalizatória da cidadania, na certeza de que nada há, com raras exceções constitucionais, que não deva vir a público” (FREITAS, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 70).

governos para promover a transparência, empoderar os cidadãos, combater a corrupção e aproveitar as novas tecnologias para fortalecer a governança.¹⁹⁰

Não foi por outro motivo que, em 2014, Grupo de Trabalho Anticorrupção do G20 (*G20 Anti-Corruption Working Group – ACWG*) deu mais um passo na mesma direção ao firmar o entendimento de que a questão afeta aos dados abertos merece especial atenção na promoção da transparência e da integridade do setor público. Partindo-se da premissa de que a transparência é primordial na agenda anticorrupção de qualquer país e de que os dados abertos são capazes de auxiliar não apenas na prevenção, mas também na detecção, investigação e redução da corrupção, foram desenvolvidos alguns princípios¹⁹¹, a partir de padrões e boas práticas internacionais, a serem observados pelas maiores economias do planeta.

Alguns autores tratam dessa questão como *revolução do monitoramento*, parte do que outros chamam de *revolução da autoajuda*, um movimento cuja essência é bem captada pelo slogan cunhado por ativistas dos direitos dos deficientes: “Nenhuma decisão sobre mim será tomada sem mim”. John Micklethwait e Adrian Wooldridge, por exemplo, são enfáticos sobre a importância da participação popular para o Estado moderno:

Isso é apenas o começo de uma enorme “revolução copernicana” (tomando de empréstimo uma frase de Matthew Taylor, um dos assessores de Tony Blair), que está colocando o usuário no centro do universo do setor público. O atual Estado centralizado baseava-se na ideia de que a informação era escassa e fortalecia-se pelo fato de saber muito mais que as pessoas comuns. Hoje, porém, a informação é um dos recursos mais abundantes do mundo, disponível em enormes quantidades e acessível a quem quer que tenha um computador ou um smartphone. Conforme Eric Schmidt, chairman da Google, e Jared Cohen, que trabalhou para Hillary Clinton, observam em *The New Digital Age*, isso muda a natureza do relacionamento entre indivíduos e autoridades. O Estado autoritário, de cima para baixo, pode transformar-se em rede capaz de mobilizar as energias e capacidades de milhares ou até de milhões de cidadãos bem informados – ou “prosumidores”, como o ciberguru Don Tapscott os denominou¹⁹².

A partir desse movimento global e do chamado *The Open Mind Principle* (“O melhor uso que poderá ser feito com os seus dados certamente será realizado pelos outros, e não por você”), o Tribunal de Contas da União elaborou, no Brasil, a cartilha “Os cinco motivos para a abertura de dados na Administração Pública”¹⁹³, elencando-os da seguinte maneira: a) exigência de

¹⁹⁰ OGP, “What is the Open Government Partnership?”, United Nations [disponível em <http://www.opengovpartnership.org/about>, acesso em 21 de outubro de 2016].

¹⁹¹ ACWG, “Introductory Note to the G20 Anti-Corruption Open Data Principles”, G20, Turkey, 2015 [disponível em <http://www.g20.utoronto.ca/2015/G20-Anti-Corruption-Open-Data-Principles.pdf>, acesso em 29 de abril de 2016].

¹⁹² MICKLETHWAIT/WOOLDRIDGE, *op. cit.*, p. 203.

¹⁹³ BRASIL, Tribunal de Contas da União (TCU), “Os cinco motivos para a abertura de dados na Administração Pública”, 2015 [disponível em <http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/cinco-motivos-para-a-abertura-de-dados-na-administracao-publica.htm>, acesso em 21 de outubro de 2016].

transparência na gestão pública pela sociedade; b) contribuição da sociedade com serviços inovadores ao cidadão; c) aprimoramento na qualidade dos dados governamentais; d) viabilização de novos negócios; e) obrigatoriedade por lei.

O direito de acesso à informação por qualquer pessoa, em Portugal, está previsto nos arts. 37 e 268 da Constituição Portuguesa¹⁹⁴, no Código do Procedimento Administrativo (DL n.º 4/2015, de 7 de janeiro, arts. 82 a 85), e na Lei n.º 46/2007 – Lei de Acesso aos Documentos da Administração (LADA) –, que regula o acesso aos documentos administrativos e reconhece o direito de consulta, de reprodução e de informação em relação aos documentos administrativos por iniciativa de qualquer cidadão.¹⁹⁵ Essa mesma lei regula os procedimentos e os prazos para a entrega dos documentos ao cidadão: se o cidadão tem um interesse direto no processo, o documento deve ser entregue dentro de 10 (dez) dias a contar da data do pedido. A exigência de transparência ainda vem consignada de forma expressa no art. 7º, n.º 1, da Lei n.º 73/2013, a qual estabelece o regime financeiro das autarquias locais e das entidades intermunicipais.¹⁹⁶

Após a entrada em vigor, em 2008, do Código dos Contratos Públicos, Portugal colocou em prática um portal nacional – o BASE –, o qual é gerido pelo Instituto da Construção e do Imobiliário (InCI) e centraliza todas as informações sobre os contratos públicos.¹⁹⁷ O BASE recebe os dados da edição eletrônica do Jornal Oficial Português e das plataformas eletrônicas certificados relativos aos procedimentos de pré-adjudicação públicos e limitados. Todas as entidades adjudicantes públicas são autorizadas a usar a área reservada do portal para gravar os dados do contrato, fazer *upload* e registrar informações sobre o desempenho de seus contratos. Já a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA) é uma entidade independente, que funciona junto da Assembleia da República e tem por finalidade zelar, nos termos da Lei, pelo cumprimento das disposições legais referentes ao acesso à informação administrativa, emitindo pareceres, favoráveis ou não, em relação ao acesso a documentos administrativos específicos.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Art. 37 CRP, n.º 1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações.

Art. 268 CRP, n.º 1. Os cidadãos têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas. 2. Os cidadãos têm também o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas.

¹⁹⁵ De acordo com o art. 1º da citada legislação, “[o] acesso e a reutilização dos documentos administrativos são assegurados de acordo com os princípios da publicidade, da transparência, da igualdade, da justiça e da imparcialidade”.

¹⁹⁶ Art. 7º, n.º 1, da Lei n.º 73/2013. A atividade financeira das autarquias locais está sujeita ao princípio da transparência, que se traduz num dever de informação mútuo entre estas e o Estado, bem como no dever de divulgar aos cidadãos, de forma acessível e rigorosa, a informação sobre a sua situação financeira.

¹⁹⁷ BASE: Contratos Públicos Online, [website] www.base.gov.pt [acesso em 15 de outubro de 2016].

¹⁹⁸ Informações, procedimentos e outras competências administrativas disponíveis online (CADA, [website] <http://www.cada.pt/> [acesso em 15 de outubro de 2016]).

No Brasil, a primeira lei que tratou mais abertamente do tema publicidade foi a Lei de Licitações – Lei Federal n.º 8.666/1993 –, a qual, no *caput* de seu art. 16, impõe que “[s]erá dada publicidade, mensalmente, em órgão de divulgação oficial ou em quadro de avisos de amplo acesso público, à relação de todas as compras feitas pela Administração Direta ou Indireta, de maneira a clarificar a identificação do bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vendedor e o valor total da operação, podendo ser aglutinadas por itens as compras feitas com dispensa e inexigibilidade de licitação”.

A transparência propriamente dita apareceu pela primeira vez apenas na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000), a qual veio ao ordenamento jurídico brasileiro com o fito central de estabelecer normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. O § 1º do art. 1º dessa importantíssima lei brasileira já deixa claro, logo em seu início, que “[a] responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas”. Com o objetivo de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a Lei de Responsabilidade Fiscal brasileira, quase uma década depois, sofreu uma série de acréscimos pela Lei Complementar n.º 131, de 27 de maio de 2009, incluindo-se, no inciso I de seu art. 48, o incentivo à participação popular como forma de garantir a transparência máxima.¹⁹⁹

O inciso II desse mesmo dispositivo, ao prever a exigência de “liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a

¹⁹⁹ O art. 48 da LC n.º 131/2009. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos. Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante: I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos [...] – grifos nossos. Contraditoriamente, o art. 198 do Código Tributário Nacional veda a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. Por isso, no Estado do Espírito Santo, a Emenda Constitucional n.º 103, de 22 de dezembro de 2015, revogou o art. 145 da Constituição Estadual, que tinha a seguinte redação: “Art. 145. Os Poderes Públicos Estadual e Municipal, no prazo de cento e oitenta dias após o encerramento do exercício financeiro, darão publicidade às seguintes informações: I – benefícios e incentivos fiscais concedidos, indicando os respectivos beneficiários e o montante do imposto reduzido ou dispensado; II – isenções ou reduções de impostos incidentes sobre bens e serviços”. A revogação do dispositivo – que tinha por objetivos evitar a concessão de subsídios apenas para as empresas bem relacionadas –, entretanto, é completamente inócua, pois o sistema jurídico de transparência brasileiro deve se sobrepor à regra do CTN para impor a divulgação de tais informações pelo Poder Público. É certo que esse tema ainda não está devidamente pacificado, mas o fato é que não pode ser alegado, no caso, o sigilo fiscal das empresas, não apenas porque a informação foi produzida no âmbito da própria Administração Pública, mas principalmente diante do princípio da supremacia do interesse público. Ademais, a divulgação dessas informações em nada atentará contra o sigilo fiscal dessas companhias, até porque sua contabilidade, seus lucros e suas despesas restarão totalmente preservadas, enquanto o sigilo certamente contribuirá para o fomento da corrupção diante da certeza de que a concessão de incentivos fiscais dificilmente será objeto de controle. A transparência, neste caso, é fundamental para prevenir o chamado “capitalismo de laços”, o qual, nas palavras de John Micklethwait e Adrian Wooldridge, “desconstrói bens públicos para a geração de ganhos privados, abarrotando os bolsos dos poderosos, solapando a competitividade da economia e desviando recursos em escala desmesurada” (MICKLETHWAIT/WOOLDRIDGE, *op. cit.*, p. 227).

execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público”, gerou para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios brasileiros a obrigação de implementar, em prazos expressamente definidos²⁰⁰, os denominados *portais da transparência*²⁰¹. Os objetivos dessa providência são claros: assegurar a boa e correta aplicação dos recursos públicos e aumentar a transparência da gestão pública. Além de disseminarem os valores éticos de participação e responsabilidade social, os portais da transparência permitem ao cidadão acompanhar a forma pela qual o dinheiro público está sendo utilizado e auxiliar os órgãos de controle interno e externo na devida fiscalização.

Além disso, como a Constituição Brasileira já assegurava, no inciso XXXIII de seu art. 5º, “o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”. Na mesma linha, os incisos I e II do § 3º do art. 37 da Constituição Federal também previam que “[a] lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços, e o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo”.

Veio, então, a Lei de Acesso à Informação (Lei Federal n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011), não apenas para regulamentar o direito constitucional fundamental acima referenciado, mas também para fomentar e criar instrumentos de transparência e controle social da gestão pública (“transparência ativa”). Trata-se de uma mudança de paradigma em matéria de transparência dos atos da Administração Pública, pois, a partir da vigência da Lei de Acesso à Informação, fica regulamentado o direito de qualquer cidadão solicitar acesso às informações públicas, desde que não sejam elas classificadas como sigilosas, conforme procedimento que deve

²⁰⁰ Art. 73-B da LRF (introduzido pela LC n.º 131/2009). Ficam estabelecidos os seguintes prazos para o cumprimento das determinações dispostas nos incisos II e III do parágrafo único do art. 48 e do art. 48-A: I – 1 (um) ano para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com mais de 100.000 (cem mil) habitantes; II – 2 (dois) anos para os Municípios que tenham entre 50.000 (cinquenta mil) e 100.000 (cem mil) habitantes; III – 4 (quatro) anos para os Municípios que tenham até 50.000 (cinquenta mil) habitantes. Parágrafo único. Os prazos estabelecidos neste artigo serão contados a partir da data de publicação da lei complementar que introduziu os dispositivos referidos no caput deste artigo.

²⁰¹ No Estado do Espírito Santo, a matéria está regulada pelo Decreto n.º 2285-R, de 25 de junho de 2009, o qual dispõe sobre a divulgação de dados e informações dos órgãos e entidades da Administração Pública Estadual, por meio da Rede Mundial de Computadores – Internet – e institui o Conselho Gestor do Portal da Transparência do Governo do Estado do Espírito Santo. O Portal da Transparência, gerido pela Secretaria de Estado de Controle e Transparência, foi concebido a partir dos anseios da população registrados em uma pesquisa pública que ficou disponível na Internet por noventa dias e em uma audiência pública aberta à sociedade. Coletados os dados, foi elaborado o projeto do novo Portal da Transparência que disponibilizará informações adequadas para o cidadão leigo, para o pesquisador científico e para os profissionais de controle. No ano de 2015, o Portal da Transparência do Estado do Espírito Santo foi eleito como o melhor portal do Brasil, com nota máxima, conforme pesquisa realizada pelo Ministério Público Federal (MPF, “Ranking da Transparência”, 2015 [disponível em http://www.pres.mpf.mp.br/anexosNoticia/ID-002867_RankingES.pdf, acesso em 12 de março de 2016]).

observar regras, prazos, instrumentos de controle e recursos administrativos (“transparência passiva”).

Para a concretização do pleno direito de acesso à informação no âmbito local, compete aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios regulamentar a Lei n.º 12.527/2011 para, obedecidas as normas gerais²⁰², definir as regras específicas, especialmente quanto à criação e ao funcionamento do “Serviço de Informação ao Cidadão” (SIC) e aos procedimentos para interposição de recurso caso ocorra o indeferimento de acesso a determinadas informações. No âmbito do Poder Executivo Federal, com base nas competências atribuídas pelo Decreto Federal n.º 7.724/2012 – que regulamentou, no plano federal, a Lei de Acesso à Informação –, a Controladoria-Geral da União desenvolveu um sistema eletrônico (e-SIC²⁰³) para controle e registro dos pedidos de acesso dos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal. Assim, por esse sistema fica viabilizada a formulação do pedido, o acompanhamento dos prazos, o recebimento da resposta por e-mail, a interposição de recursos, a apresentação de reclamações e a consulta das informações recebidas.²⁰⁴

A Lei de Acesso à Informação também estabelece que os órgãos e entidades públicas devem tomar a iniciativa de divulgar, independentemente da formalização de solicitações de quaisquer interessados, informações de interesse geral ou coletivo, salvo aquelas cuja confidencialidade esteja prevista no texto legal. A denominada *transparência ativa*, assim, impõe a utilização de todos os meios tecnológicos disponíveis, como, por exemplo, o *Observatório da Despesa Pública – ODP*. Trata-se de uma unidade permanente da Controladoria-Geral da União voltada à aplicação de metodologia científica, apoiada em tecnologia da informação de ponta, para a produção de informações que visam a subsidiar e a acelerar a tomada de decisões estratégicas, por meio do monitoramento dos gastos públicos, cujas análises são direcionadas à identificação de situações que possam constituir irregularidades, de modo a prevenir suas ocorrências.²⁰⁵

²⁰² No Estado do Espírito Santo, a Lei de Acesso à Informação foi regulamentada pela Lei Estadual n.º 9.871, de 9 de julho de 2012, enquanto, no Estado do Rio Grande do Sul, foi regulamentada pelo Decreto n.º 49.111, de 16 de maio de 2012, o que fomentou, na doutrina, discussão acerca do caráter *nacional* ou *federal* da Lei n.º 12.527/2011, ou seja, se no plano dos Estados e Municípios a lei deveria ser regulamentada por uma outra lei (estadual ou municipal) ou simplesmente por decreto. Esse mesmo debate está sendo travado em relação à Lei n.º 12.846/2013 – Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas –, razão pela qual a questão será enfrentada com maior detalhamento no Capítulo III.

²⁰³ e-SIC – Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão, [website] www.acessoainformacao.gov.br/sistema/ [acesso em 12 de março de 2016].

²⁰⁴ No Brasil, todos os anos, a Controladoria-Geral da União (CGU) elabora a “Escala Brasil Transparente” (EBT), a qual apresenta os índices que medem o grau de transparência pública em estados e municípios brasileiros a partir do cumprimento das normas da Lei de Acesso à Informação. Na segunda avaliação do ano de 2015, o Estado do Espírito Santo recebeu nota máxima e ficou em primeiro lugar no ranking de classificação (CGU, “Escala Brasil Transparente” (EBT), Panorama dos Governos Estaduais – 2ª avaliação [disponível em http://relatorios.cgu.gov.br/Visualizador.aspx?id_relatorio=9, acesso em 12 de março de 2016]).

²⁰⁵ Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, Observatório da Despesa Pública (ODP), [website] <http://www.cgu.gov.br/assuntos/informacoes-estrategicas/observatorio-da-despesa-publica> [acesso em 21 de outubro de 2016].

A transparência ativa gera benefícios não apenas para o cidadão, que passa a contar com o acesso direto a informações sem a necessidade da realização de qualquer diligência pessoal, mas também para a própria Administração Pública, eis que, quanto melhor for o seu desempenho, menor será a quantidade de pedidos de informação, gerando economia de tempo e de recursos públicos. Não basta, entretanto, a simples observância das bases da transparência ativa: a informação deve ser fornecida de modo que o cidadão possa exercer com facilidade o controle social. É por esse motivo que nos locais de todas as obras públicas devem ser afixadas placas informando não apenas o valor da obra, o prazo de execução e a empresa contratada, mas também a indicação dos órgãos responsáveis pelo controle e seus respectivos canais de denúncias.

Além disso, a Lei n.º 12.527/2011 ainda destaca a importância da disponibilização dos dados públicos em formatos “legíveis por máquina” (art. 3º, § 3º, inciso III). Esse termo indica que a informação somente estará realmente disponível para a sociedade se for possível o acesso ao dado bruto em formato de arquivo digital que possibilite a importação por outras ferramentas, como estabelecido pela *OGP – Open Government Partnership*. Assim, partindo da coleta de dados legíveis por máquina, passando por visualizações analíticas e chegando à construção de aplicações integradas para difusão de informações, a sociedade organizada poderá se apresentar como parte destacada e essencial no uso de tecnologias em prol do esforço anticorrupção²⁰⁶.

Com o objetivo de resguardar o interesse público e garantir plenamente o direito constitucional de acesso à informação, a Lei Federal n.º 12.527/2011, em seu art. 32, ainda deu caráter de ilicitude às condutas que podem implicar em violação desse direito.²⁰⁷ Assim, caso um agente público pratique qualquer desses atos, seja de modo comissivo ou omissivo, responderá pela prática de infração administrativa ou transgressão militar média ou grave, incorrendo, ainda, nas sanções previstas no inciso III do art. 12 na Lei Federal n.º 8.429/1992 pela prática de ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios que regem a Administração Pública.

²⁰⁶ RIBEIRO, “A tecnologia como catalisadora da informação na prevenção e no combate à corrupção”, in *Lei Anticorrupção: Transparência e Boas Práticas – Cadernos FGV Projetos*, Ano 11, n.º 27, abril 2016, pp. 54-65.

²⁰⁷ Art. 32.º Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar: I – recusar-se a fornecer informação requerida nos termos desta Lei, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa; II – utilizar indevidamente, bem como subtrair, destruir, inutilizar, desfigurar, alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública; III – agir com dolo ou má-fé na análise das solicitações de acesso à informação; IV – divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal; V – impor sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem; VI – ocultar da revisão de autoridade superior competente informação sigilosa para beneficiar a si ou a outrem, ou em prejuízo de terceiros; e VII – destruir ou subtrair, por qualquer meio, documentos concernentes a possíveis violações de direitos humanos por parte de agentes do Estado.

O fato é que, após todo esse esforço, o Brasil passou a ser considerado um dos países com maior transparência de dados públicos, ocupando a primeira posição na América do Sul e o 17º lugar no mundo, de acordo com a terceira edição do ranking elaborado pelo *Open Data Barometer*²⁰⁸.

Não resta nenhuma dúvida, assim, que os melhores reguladores do setor público são os próprios cidadãos, extraíndo-se daí mais um motivo para que os mesmos recebam incentivos para acesso à informação sobre o desempenho e o uso dos recursos extraídos do erário, que nada mais é que um fundo constituído essencialmente por valores oriundos do recolhimento dos impostos que eles próprios pagam.

É nesse sentido que o Poder Público, em um mundo completamente conectado, globalizado e que dissemina cada vez mais a facilidade de acesso às informações, deve esperar que seus cidadãos, cada vez mais conscientes e investidos de direitos, deveres e poderes bastante modernos, assumam mais responsabilidades pelo próprio comportamento, como se verá a seguir.

2 EFEITOS DIRETOS E INDIRETOS DA CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 A deslegitimação do governo pela corrupção

*As repúblicas acabam pelo luxo;
as monarquias pela pobreza.*

Montesquieu

Talvez uma das piores consequências provocadas pela corrupção seja o descrédito gerado para as instituições públicas pelas condutas transgressoras das altas autoridades públicas. A simples percepção da corrupção já é suficiente para corroer a confiança que os cidadãos depositam na classe política e para eliminar a esperança de dias melhores, o que faz diminuir a qualidade de vida dos indivíduos. De acordo com José Ugaz, Presidente da Transparência Internacional,

O Índice de Percepção da Corrupção de 2015 mostrou claramente que a corrupção continua a ser um flagelo em todo o mundo. Mas 2015 foi também um ano em que as pessoas novamente tomaram as ruas para protestar contra a corrupção. Pessoas em todo

²⁰⁸ Disponível em <http://opendatabarometer.org/doc/3rdEdition/ODB-3rdEdition-GlobalReport.pdf>, acesso em 8 de maio de 2016.

o mundo enviaram um sinal forte para quem está no poder: é hora de enfrentar os grandes casos de corrupção.²⁰⁹

Por isso, pode-se afirmar que a legitimidade de líderes e de governos guarda pertinência direta com os meios utilizados para ascensão ao poder, pois são esses que geram a necessária confiança de que um governante necessita. Thomas Burke²¹⁰, contemporaneamente, após analisar a nefasta simbiose entre o público e o particular no financiamento de campanhas políticas²¹¹, explica que existem três diferentes padrões de corrupção: o *quid pro quo*, a *distorção* e a *influência monetária*. O *quid pro quo* se dá quando os funcionários públicos aceitam dinheiro de financiadores em troca de uma determinada ação, ou seja, pressupõe um conluio decorrente de um negócio explicitamente corrupto, em que ambos os lados têm conhecimento de que uma troca está a ser feita. Já na *distorção* as decisões tomadas pelos ocupantes dos cargos públicos eletivos devem refletir atentamente as opiniões do público, mas os responsáveis pelos financiamentos de campanha acabam por distorcer a formulação das respectivas políticas públicas adotadas. A *influência monetária*, por fim, envolve uma caracterização de corrupção mais ampla – mesmo que não haja um acordo explícito estabelecido entre financiador (empresariado) e financiado (partidos políticos), os representantes eleitos, ao invés de agirem de acordo com os interesses dos seus eleitores ou daquilo que acreditam ser o melhor para o interesse público, passam a adotar posições políticas em prol dos interesses dos seus maiores financiadores. Essa promiscuidade estabelecida entre a classe política e o empresariado acaba por fomentar uma série de ilícitos relacionados à corrupção, cuja origem é facilmente percebida:

Estes comportamentos ilícitos encontram-se intimamente relacionados com o tema do financiamento dos próprios partidos políticos e das longas e custosas campanhas eleitorais que devem encarar. Os partidos têm de assumir a manutenção de aparatos partidários em funcionamento permanente, assim como fazer frente a campanhas eleitorais progressivamente mais dispendiosas, o que os obriga a angariar grandes quantias de dinheiro para seu financiamento. Por último, os partidos sofreram uma diminuição das mensalidades dos afiliados, enquanto o maior volume das contribuições provém, na maioria dos países, das grandes corporações. Tudo isso os torna mais vulneráveis ao financiamento ilegal, ao tráfico de influência e inclusive à penetração do narcotráfico e do crime organizado.²¹²

É exatamente por isso que, no Brasil, a Lei Federal n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997, estabeleceu disposições reguladoras das eleições no Brasil. De acordo com o § 2º de seu art.

²⁰⁹ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, op. cit.

²¹⁰ BURKE, “The Concept of Corruption in Campaign Finance Law”, in *Constitutional Commentary*, vol. 14, Spring 1997, p. 131 [disponível em <http://ssrn.com/abstract=2556455> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2556455>, acesso em 20 de agosto de 2016].

²¹¹ Perfecto Andrés Ibañez, a propósito da corrupção do sistema político através dos mecanismos de financiamento ilegal dos partidos políticos, utiliza a expressão “mãe de todas as corrupções”, tendo em conta os efeitos perversos que daí derivam para todo o sistema político (IBÁÑEZ, *Corrupción y Estado de Derecho – El Papel de La Jurisdicción*, Madrid, Editorial Trotta, 1996, p. 102).

²¹² “Relatório Especial ‘A corrupção, o calcanhar de Aquiles das democracias latino-americanas’”, op. cit., p. 15.

30-A, introduzido pela Lei Federal n.º 11.300, de 10 de maio de 2006, “[c]omprovados captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, será negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido outorgado”. As últimas investigações e ações penais perpetradas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público no Brasil²¹³, entretanto, apenas demonstram um fato que já era de domínio público: a maioria esmagadora dos vereadores, deputados estaduais e federais, prefeitos, governadores e presidentes realizou campanhas políticas com dinheiro obtido pela corrupção e por *caixa dois*.

Assim, tivesse o dispositivo legal acima transcrito sido plenamente aplicado, quase todos os políticos eleitos no Brasil há muito já teriam perdido seus mandatos, o que geraria um enorme caos no cenário político nacional. Em países de corrupção endêmica como o Brasil, leis em vigor, a despeito de suas excelentes intenções, acabam representando “letra morta” pela ausência de aplicação prática. Se, em um *soft state*²¹⁴, a lei não é aplicada e, ao mesmo tempo, as ilicitudes são praticadas pelos governantes e parlamentares como se fossem práticas corriqueiras e usuais, os representantes do povo acabam perdendo aquela legitimação que lhes fora conferida pelas urnas. Já que eles foram elevados a cargos de altíssima relevância pelo voto popular exatamente para elaborar e executar as leis, mas, no momento imediatamente antecedente, as violam para sair vitoriosos nas eleições, que credibilidade terão?

Se os políticos são financiados ilicitamente por aqueles que detêm o poder econômico, em verdade eles *vendem*²¹⁵ antecipadamente a liberdade que deveriam possuir para elaborar e executar as leis de acordo com o interesse público para, antes de qualquer outra coisa, atenderem os interesses daqueles que pagaram por seus mandatos²¹⁶. Aqueles que possuem melhores contatos com empresas sempre irão alcançar a maior soma de recursos e, posteriormente, irão representar os interesses dos doadores em detrimento do verdadeiro interesse legítimo que embasa a democracia²¹⁷.

²¹³ Vide, por exemplo, ALESSI/OLIVEIRA, “A Crise Política no Brasil: Lava Jato faz Brasil tremer com lista de doações da Odebrecht a políticos e depois impõe sigilo”, *Jornal El País – Brasil* [online], 24 de março de 2016 [disponível em http://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/23/politica/1458751179_417837.html, acesso em 3 de julho de 2016].

²¹⁴ Sobre os chamados *soft states*, Capítulo I, Item 2.2.

²¹⁵ Paulo Roberto Costa, ex-diretor da Petrobras, disse em entrevista: “É uma grande falácia afirmar que existe doação de campanha no Brasil. Na verdade, são verdadeiros empréstimos a serem cobrados a juros altos quando eles estiverem nos cargos. Nenhum candidato no Brasil se elege apenas com caixa oficial de doações. Os valores declarados de custos de campanha correspondem em média a um terço do efetivamente gasto. O resto vem de recursos ilícitos ou não declarados” (NETTO, *Lava Jato: o juiz Sérgio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil*, op. cit., p. 64).

²¹⁶ “Os desonestos vêm em legião; assaltam o Parlamento para se esfalfar na especulação lucrativa. Vendem o voto a empresas que mordem os cofres do Estado; prestigiam projetos de grandes negócios com o erário, cobrando seus discursos por minuto; seus eleitores são compensados com empregos e dádivas oficiais, negociam sua influência em troca de concessões a favor de sua clientela. Sua gestão política costuma ser tranquila: um homem de negócios está sempre com a maioria. Apoiar todos os governos” (INGENIEROS, op. cit., pp. 225-226).

²¹⁷ “Os interesses da empresa só serão satisfeitos se houver uma prática reiterada de decisões que possam permitir serviços por ela prestados. Nesse caso, estabelece-se uma relação de corrupção continuada, que se protraí no tempo. Relação essa que, de certa forma, justifica o investimento numa nova legislatura do deputado. E que justificará também aportes econômicos para a eleição do próprio Poder Executivo. Presume-se, assim, que o servidor público, que deveria continuamente deliberar em razão de critérios relacionados à satisfação do interesse público, venda sistematicamente suas decisões, com vistas a atender a outros interesses. Servindo-se de outros critérios. Ora, nesse caso de

Pior que isso: campanhas políticas podem, inclusive, ser financiadas com o dinheiro sujo de verdadeiras organizações criminosas. Em um terceiro estágio do esquema organizacional – superados, em termos evolutivos, o uso da violência e a corrupção dos agentes públicos –, os próprios criminosos infiltraram-se nos mais diversos setores do Estado, com objetivo maior de se locupletarem às custas de práticas ilegais e do erário, estabelecendo, assim, uma verdadeira simbiose entre o crime organizado e o Estado. Esses criminosos, ao se travestirem de agentes públicos, passam a se valer do poder social, financeiro e político para facilitar ou acobertar crimes, obter informações privilegiadas, dificultar a evolução legislativa e impedir a estruturação dos órgãos de repressão, agindo sempre com o objetivo de manter o *status quo* de impunidade.

Essa é uma das razões pelas quais, no Brasil, uma vez por outra, parlamentares são denunciados por chefiar quadrilhas, malas de dinheiro circulam e são apreendidas em poder de agentes públicos sem qualquer explicação plausível, prefeitos e governadores aparecem à frente de verdadeiros esquemas de desvio de dinheiro público. O crime organizado, pelo financiamento clandestino de campanhas políticas, encontra espaço para avançar sobre todas as esferas do poder público, gerando um fenômeno que tecnicamente foi denominado “reconfiguração cooptada do Estado”²¹⁸. Talvez por isso tivesse razão o falecido Deputado Federal Ulysses Guimarães ao afirmar, certa vez, que “não é o poder que corrompe o homem. O homem é que corrompe o poder”.

O estudo intitulado “Dinheiro e Política no Brasil: doações eleitorais por empresas e negócios públicos”²¹⁹, demonstrou que entre 2002 e 2014, apenas as dez maiores doadoras, sendo sete delas grandes empreiteiras, investiram R\$ 2,212 bilhões em campanhas eleitorais. Essas mesmas empresas, segundo o estudo feito no Portal da Transparência do Governo Federal, receberam, entre 2005 e 2014, R\$ 18,709 bilhões em contratos, apenas do Governo Federal (não foram computados os contratos com os governos estaduais), o que significa que o

relação continuada de corrupção, a definição dos montantes é facilitada pelo critério da tradição. Da repetição. São os montantes de ontem que servem de referência para os montantes de hoje, garantindo, assim, por parte dos agentes decisórios, uma espécie de complemento dos próprios vencimentos, que se anexam a alguma remuneração mensal, por exemplo” (BARROS FILHO/PRAÇA, *op. cit.*, p. 43).

²¹⁸ “Referimo-nos, pois, à problemática concernente à penetração na forma de infiltração criminosa, de redes ilícitas junto a entes governamentais (instituições públicas), como forma de domínio sobre o poder conferido de forma exclusiva ao Estado, gestor da máquina pública. Tal fenômeno pode ser tecnicamente denominado como *reconfiguração cooptada do Estado*. Esta infiltração terá como escopo central possibilitar que os tentáculos de uma determinada organização criminosa estejam transfixados nos poderes públicos estatais, de modo a facilitar em determinado momento a prática de atos de corrupção ou a própria impunidade de eventuais delitos cometidos. Estando próximas e inseridas no centro do poder, as redes ilícitas conseguem manter-se informadas e blindadas acerca de eventuais ações preventivas ou até mesmo repressivas a serem articuladas pelos órgãos de persecução estatal” (PEREIRA, *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*, *op. cit.*, pp. 84-85).

²¹⁹ MONTEIRO, *Manual do Candidato às Eleições*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Gramma, 2016, pp. 196-197.

“investimento” trouxe um “retorno” de 800% no período²²⁰. A inarredável conclusão é no sentido de que o barateamento das candidaturas proporciona uma autonomia do eleito em relação ao povo soberano, eleitor e representado.

Foi por isso que o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, no ano de 2015, por maioria e nos termos do voto do ministro relator, Luiz Fux²²¹, julgou procedente em parte o pedido formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4650 para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei das Eleições (Lei n.º 9.504/1997) e da Lei dos Partidos Políticos (Lei n.º 9.096/1995) que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais.

Na Europa a *Recomendação Rec(2003)4*, do Comitê de Ministros dos Estados-Membros do Conselho da Europa²²², adotada pelo Comitê de Ministros em 8 de abril de 2003, estabeleceu regras comuns contra a corrupção no financiamento dos partidos políticos e nas campanhas eleitorais. Merece destaque o art. 3º dessa Recomendação, o qual faz menção aos princípios gerais sobre as doações ao estabelecer o seguinte: a) as medidas tomadas pelos Estados-Membros que regem as doações para partidos políticos devem prever regras específicas para: evitar conflitos de interesses; assegurar a transparência das doações e evitar doações secretas; evitar prejuízo das atividades dos partidos políticos; assegurar a independência dos partidos políticos; b) Os Estados-Membros devem: prever que as doações para partidos políticos serão tornadas públicas se os donativos, em particular, excederem um limite máximo fixado; considerar a possibilidade de introduzir regras que limitam o valor das doações a partidos políticos; adotar medidas para evitar que os limites estabelecidos sejam contornados.

O financiamento dos partidos políticos e das campanhas eleitorais em Portugal, diante dessa recomendação, passou a ser regulado pela Lei n.º 19/2003, de 20 de junho, que também veda doações por pessoas jurídicas, certamente pelos mesmos motivos esboçados pela Corte Constitucional brasileira no julgamento da ADI n.º 4650. A legislação em questão, em seu

²²⁰ Paulo Roberto Costa, ex-diretor da Petrobras, em colaboração premiada à Justiça Federal brasileira, afirmou em seu depoimento: “Não existe doação de campanha. São empréstimos a serem cobrados posteriormente, com juros altos, dos beneficiários das contribuições quando no exercício do cargo”. Termos de colaboração premiada disponíveis, na íntegra, online (MACEDO, F., “Leia os 35 depoimentos do ex-diretor sobre corrupção na Petrobrás – Delação premiada de Paulo Roberto Costa à Lava Jato descreve os caminhos de fortunas que cartel de empreiteiras despejou na estatal” [blog post], *Blogs: Fausto Macedo – Estadão*, 13 de fevereiro de 2015 [disponível em <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/leia-os-35-depoimentos-do-ex-diretor-sobre-corrupcao-na-petrobras/>], acesso em 19 de agosto de 2016).

²²¹ No mesmo julgamento, ao acompanhar o voto do relator, a ministra Cármen Lúcia lembrou que o parágrafo único do art. 1º da Constituição diz que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Assim, para a Ministra, no processo eleitoral na democracia representativa ou semidireta, povo é quem elege e pode ser eleito, quem vota e pode ser votado, razão pela qual a participação no processo eleitoral depende dessa condição de cidadania. A Ministra Cármen Lúcia ainda ressaltou a necessidade de igualdade de oportunidades no pleito e salientou que a influência do poder econômico, de que fala o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, desiguala candidatos e partidos.

²²² CONSELHO DA EUROPA, Comitê de Ministros, *Recomendação Rec(2003)4*, de 8 de abril de 2003 [disponível em https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e02b1], acesso em 29 de outubro de 2016].

art. 16º, n.º 1, estabelece que as atividades da campanha eleitoral só podem ser financiadas por subvenção estatal; contribuição de partidos políticos que apresentem ou apoiem candidaturas às eleições para a Assembleia da República, para o Parlamento Europeu, para as Assembleias Legislativas Regionais e para as autarquias locais, bem como para Presidente da República; donativos de pessoas singulares apoiantes das candidaturas à eleição para Presidente da República e apoiantes dos grupos de cidadãos eleitores dos órgãos das autarquias locais; ou produto de atividades de angariação de fundos para a campanha eleitoral.

Os efeitos negativos para o sistema democrático da chamada *corrupção política* foram descritos por Jorge Malem²²³ no seguinte sentido: a) a corrupção assola a regra da maioria que é própria da democracia; b) corrói os fundamentos da moderna teoria da representação que está na base do ideal democrático; c) afeta o princípio de publicidade e de transparência; d) empobrece a qualidade da democracia ao retirar da agenda pública todas aquelas questões que constituem a contraprestação corrupta correspondente à recepção por parte dos partidos de fundos irregulares; e) provoca uma série de ilícitos em cascata, isto é, os dirigentes políticos, para dissimular os fundos obtidos irregularmente, veem-se numa situação que espelha uma espécie de *Lei de Gresham*, ou seja, são obrigados a realizar ações incorretas ou indevidas para evitar ações ou consequências ainda piores.

Isso significa, em outras palavras, que a corrupção reduz o grau de confiança nos políticos e gera um sentimento de desesperança, descrença e descontentamento de boa parte dos cidadãos em relação ao sistema democrático, que os leva a não querer mais participar nas eleições²²⁴, seja pelo não comparecimento, pelo voto em branco, nulo ou pelo chamado *voto de protesto*²²⁵. Mesmo o voto consciente, isoladamente considerado, não é suficiente para o total controle político. De acordo com Elena Costas-Peréz, os escândalos até retiram votos dos políticos corruptos durante as eleições, mas não o bastante para que eles deixem o poder²²⁶, o que, segundo a autora, pode ocorrer por uma série de motivos:

²²³ MALEM, “Financiamiento, corrupción y gobierno”, in *Dinero y contienda político-electoral*, org. M. CARRILLO, et al., México, Fondo de Cultura Económica/Instituto Federal Electoral, 2003, pp. 491-494.

²²⁴ “Hoje nós falamos em antipolítica ao tratar das manifestações de ultraje contra corrupção, escândalos, desperdício de dinheiro público e sua malversação por interesses privados; contra a ineficiência de controle ético relatada na administração pública e na maioria dos partidos políticos. O resultado disso só poderia ser indignação profunda, seguida por um afastamento da política com impressão de nojo e futilidade. Isso é observado com regularidade no baixo comparecimento às urnas” (BAUMAN/BORDONI, *Estado de Crise* [Trad. Renato Aguiar, Rio de Janeiro, Zahar, 2016, p. 167]).

²²⁵ Em 2010, o palhaço e humorista Tiririca lançou sua candidatura ao cargo de deputado federal no Brasil. Após aparecer na propaganda eleitoral gratuita utilizando-se de chistes e deboches característicos de seu personagem, ganhou popularidade e passou a ser visto em seu partido como um grande “puxador de votos”. Em um vídeo de sua campanha, perguntava ao eleitor o que um deputado federal faz, diz não saber mas que irá descobrir e contar caso seja eleito. Também afirmou que iria ter como meta cuidar das famílias, principalmente a dele. Tiririca acabou sendo eleito, obtendo a marca de 1.353.820 votos.

²²⁶ “Um levantamento divulgado no início de 2013 pela Organização das Nações Unidas (ONU) mostrou que o Brasil possui o segundo Congresso mais caro do mundo, onde cada parlamentar custa nada menos do que US\$7,4 milhões por ano. Apenas os Estados Unidos superam esse gasto, alcançando US\$9,6 milhões. O grande problema é que tanto investimento não representa qualidade dos legisladores brasileiros. No

Em primeiro lugar, a prestação tendenciosa de informações pelos meios de comunicação não permite que os cidadãos sejam informados com precisão sobre a política e o comportamento de seus representantes. Se eles não têm informações confiáveis sobre suas atividades ilícitas no governo, eles não serão capazes de punir os políticos corruptos nas eleições. Além disso, o fato de os escândalos políticos parecerem persistir ao longo do tempo, independentemente do governo, corrói a confiança dos cidadãos na capacidade do sistema democrático de manter os políticos responsáveis. Como consequência, indivíduos politicamente alienados deixam de fazer uso das ferramentas democráticas, tais como eleições.²²⁷

De uma outra banda, um alto grau de vinculação ideológica do eleitor com determinado partido político é capaz de modificar sua própria percepção da corrupção. Aqueles com um viés partidário enraizado são mais tolerantes com a corrupção quando os políticos envolvidos pertencem a seu próprio partido, e continuam votando nos mesmos candidatos ainda que estejam eles profundamente envolvidos em casos de corrupção.

Vem exatamente daí a constatação de Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka no sentido de que a corrupção “lança uma nuvem sobre os governos que procuram legitimidade popular”²²⁸, pois, em muitos casos, o resultado de uma eleição não expressa a vontade do povo. A corrupção, assim, é capaz de gerar um Estado Democrático de Direito de mera aparência²²⁹, eis que os governantes eleitos precisam orientar parte da atividade estatal (ou toda) em prol dos interesses daqueles que os financiaram, violando o princípio da impessoalidade em contratações fraudulentas, superfaturadas e que não priorizam o interesse público.

2.2 Entrave ao crescimento econômico e afastamento de investimentos externos

*A prática da corrupção deixa um rastro de destruição,
e seu custo é sempre muito maior do que o valor desviado.*

Míriam Leitão

Congresso, a cada dez parlamentares, quatro respondem a inquéritos ou processos em andamento. São nada menos do que 542 ações penais investigando 224 parlamentares” (WALLIN, *op. cit.*, p. 318).

²²⁷ COSTAS-PÉREZ, *Essays on the Political Economy of Local Corruption*, Departament d'Economia Pública, Economia Política i Economia Espanyola, Universitat de Barcelona, 2014, p. 144 [disponível em <http://www.tdx.cat/handle/10803/287837>, acesso em 2 de julho de 2016].

²²⁸ ROSE-ACKERMAN/PALIFKA, *op. cit.*, p. 92.

²²⁹ “Em face da ação predatória desses verdadeiros profanadores dos valores republicanos, mostra-se intolerável transigir em torno de princípios fundamentais que repudiam práticas desonestas de poder, pois elas deformam o sentido democrático das instituições e conspurcam a exigência de probidade inerente a um regime de governo e a uma sociedade que não admitem nem podem permitir a convivência, na intimidade do poder, com os marginais da República, cuja atuação criminosa tem o efeito deletério de subverter a dignidade da função política e da própria atividade governamental, degradando-as ao plano subalterno da delinquência institucional e transformando-as em um meio desprezível de enriquecimento ilícito” (BRASIL, Discurso proferido, em 12/09/2016, pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse da Ministra Cármen Lúcia como Presidente da Suprema Corte do Brasil).

Além do ponto de vista da ética, da moral e da integridade, a corrupção também é estudada sob o viés econômico e, por esse prisma, duas linhas de pensamento se destacam: Teoria da Graxa (ou do Lubrificante) nas Engrenagens e a Teoria da Areia nas Engrenagens.

Uma primeira corrente doutrinária argumenta que, quando a corrupção convive com a má governança, ela é capaz de reduzir os inconvenientes decorrentes da baixa qualidade dos serviços públicos (“*Grease the Wheels Hypothesis*”, ou Teoria da Graxa nas Engrenagens):

De acordo com essa perspectiva, a corrupção era considerada uma forma de tributação normal, como uma etapa natural do processo de contratação com a Administração Pública local, daí por que o pagamento de suborno em países menos desenvolvidos não era apenas tolerado, mas de certa forma até incentivado na medida em que era admitida a sua dedutibilidade tributária por boa parte das legislações dos países desenvolvidos.²³⁰

“In terms of economic growth, the only thing worse than a society with a rigid, over-centralized, dishonest bureaucracy is one with a rigid, over-centralized and honest bureaucracy”²³¹, afirmou Samuel P. Huntington, a esse respeito, em 1968. Por isso, para os defensores dessa corrente, a corrupção poderia, por exemplo, aprimorar a qualidade dos funcionários públicos, principalmente nas situações em que os salários são altamente deficitários, pois o pagamento de vantagens indevidas serviria como meio de atração de bons profissionais do mercado. Em um ambiente de ineficiência da máquina pública, a corrupção pela via da sonegação de impostos geraria uma fonte de receita extra que permitiria aos empresários investir no seu negócio com mais qualidade, gerando mais emprego e renda. A corrupção seria útil, ainda, para superar a lentidão que decorre da burocracia, diminuindo o tempo gasto em filas intermináveis e facilitando o acesso da população a bens e serviços públicos.²³² Ary Ferreira da Cunha, sem defender esta corrente, elenca outros argumentos a ela filiados:

Para além disso, em muitos casos a pessoa corrompida apenas faz o que ia fazer de qualquer forma, noutros casos salta por cima de leis injustas e ineficientes para beneficiar a sociedade em geral e outras ainda, tem um incentivo para fazer o que tinha de fazer mas de forma mais rápida ou de qualquer modo melhor. Para mais, muitas vezes os subornos correspondem a percentagens simbólicas do valor dos negócios em causa, não afetando de forma substancial o funcionamento do mercado que perde muito mais com outras ineficiências, nomeadamente de cariz burocrático, que a corrupção permite, aliás, ultrapassar.²³³

²³⁰ FURTADO, L. R., *As raízes da corrupção no Brasil: Estudo de caso e lições para o futuro*. 1ª ed. reimp., Belo Horizonte, Fórum, 2015, p. 45.

²³¹ Tradução livre: Em termos de crescimento econômico, a única coisa pior do que uma sociedade com uma burocracia rígida, ultracentralizada e desonesta é uma sociedade com uma burocracia rígida, ultracentralizada e honesta (HUNTINGTON, *Political order in changing societies*, New Haven, Yale University Press, 1968, p. 386).

²³² “É certo que numa sociedade de baixos níveis de confiança social e institucional, onde a satisfação das necessidades básicas se resume a uma batalha diária de sobrevivência para a obtenção de bens, serviços e benefícios, a força e a corrupção tornam-se o único veículo para os indivíduos se realizarem ou obterem aquilo a que têm direito” (SOUSA, *op. cit.*, p. 46).

²³³ CUNHA, *op. cit.*, p. 79.

Todos esses argumentos reforçam a premissa da Teoria da Graxa nas Engrenagens, qual seja, a de que a corrupção é capaz de contribuir positivamente para o crescimento e o desenvolvimento de um país, eis que compensa as consequências nefastas do emaranhado burocrático e de políticas públicas defeituosas. Por outro lado, pela Teoria da Areia nas Engrenagens (“*Sand the Wheels Hypothesis*”), mesmo em um ambiente de má qualidade da gestão pública, a corrupção impõe custos adicionais a qualquer cidadão e a qualquer empresário, gera muito mais prejuízos do que benefícios e, por isso, emperra a máquina pública. Nas letras precisas de Michael Johnston,

Corruption benefits the few at the expense of the many; it delays and distorts economic development, preempts basic rights and due process, and diverts resources from basic services, international aid, and whole economies. Particularly where state institutions are weak it is often linked to violence. In part because of corruption, for millions “democracy” means increased insecurity and “free markets” are where the rich seem to get richer at the expense of everyone else.²³⁴

Como já indicado na introdução deste trabalho, estima-se que o custo anual da corrupção gire em torno de 5% do PIB global (2,6 trilhões de dólares) e que aproximadamente 1 trilhão de dólares seja pago em subornos cada ano²³⁵. Aqui deve ser considerado que o custo da corrupção para a economia de cada país deve ser calculado não apenas a partir do montante de recursos que deixa de ser aplicado (seja em atividades produtivas, saúde, educação, tecnologia, etc.), porque é desviado para práticas corruptas, mas também computando-se o volume de impostos que deixa de ser arrecadado. Em importante pesquisa realizada por Cheryl Gray e Daniel Kaufmann, publicada na Revista *Finance & Development*²³⁶, as devastadoras consequências econômicas da corrupção foram autopsiadas com grande precisão, merecendo destaque algumas conclusões.

Em primeiro lugar, a pesquisa concluiu que países que projetam uma imagem internacional de “corruptos” pagam muito mais por empréstimos internacionais. No caso do Brasil, por exemplo, o custo do dinheiro é 6,5% mais alto do que o cobrado de um país como a Finlândia, considerada pela Transparência Internacional como um dos países de menor índice de percepção da corrupção no mundo. Após a análise das contas de 69 países, verificou-se também que as empresas tendem a escapar do pagamento de vantagens ilícitas pela via da informalidade, ou

²³⁴ JOHNSTON, *op. cit.*, p. 1. Tradução livre: A corrupção beneficia poucos à custa de muitos; atrasa e distorce o desenvolvimento econômico, antecipa os direitos básicos e o devido processo, e desvia recursos dos serviços básicos, da ajuda internacional e de economias inteiras. Particularmente onde as instituições estatais são fracas, muitas vezes ela está ligada à violência. Em parte por causa da corrupção, para milhões a “democracia” significa maior insegurança e “mercados livres” são lugares onde os ricos parecem ficar mais ricos às custas de todos os outros.

²³⁵ Fórum Econômico Mundial, *op. cit.*

²³⁶ GRAY/KAUFMANN, “Corruption and Development”, in *Finance & Development*, março de 1998, pp. 7 e ss.

seja, pagam menos impostos, enfraquecem o Estado e ainda dificultam o combate à corrupção. Além disso, concluiu-se que a incerteza dos agentes econômicos provoca uma redução nos investimentos internos e externos – após verificação dos resultados de mais de mil empresas durante três anos, descobriu-se que as que trabalham em países menos corruptos têm resultados financeiros, em média, 30% melhores do que os das instaladas em países com índices de percepção da corrupção mais elevados.

Ora, se as empresas apresentam melhores resultados financeiros nos países menos corruptos, só se pode concluir que a corrupção reduz o incentivo ao investimento produtivo, pois é interpretada como mais uma taxa a ser paga²³⁷, diminuindo a rentabilidade dos projetos. Os efeitos também são sentidos no investimento estrangeiro direto (IED): países mais corruptos apresentam maior “custo informal”, o que limita sua competitividade e, via de consequência, inibe a atração de investimentos externos. A corrupção, assim, não apenas abala a reputação internacional dos países, mas também distorce a distribuição dos recursos, condenando os países com altos índices de percepção dessa prática ilícita a se manterem em condições de extrema pobreza.

Por tudo isso, pode-se afirmar que o custo elevado da corrupção prejudica o aumento da renda *per capita*, o crescimento e a competitividade dos países, compromete a possibilidade de oferecer à população melhores condições econômicas e de bem-estar social. Se a corrupção pode ser considerada um “imposto”, então são os pobres são os que pagam o maior percentual de sua renda para a corrupção e, via de consequência, sofrem de maneira mais direta os seus efeitos. No cálculo do custo da corrupção, portanto, deve estar sempre embutido um valor que é absolutamente intangível – a confiança no Estado Democrático de Direito.

Para melhor visualização, deve ser considerado, em uma escala microeconômica, o impacto que uma determinada localidade pode sofrer pela falta de investimentos em razão da corrupção. Assim, por exemplo, uma pequena comunidade pode ficar durante anos à espera de investimentos do governo para construir uma ponte, para desenvolver um centro de tratamento de água ou para outros projetos vitais de infraestrutura²³⁸ e, durante todo esse tempo, sofrer

²³⁷ Nas palavras de William Easterly, “[...] exigir que empresários do setor privado paguem propina é uma espécie de imposto direto sobre a produção, então é de esperar que a corrupção diminua o crescimento econômico” (EASTERLY, *The elusive quest for growth*, Cambridge, MIT Press, 2001, p. 241).

²³⁸ O novo aeroporto de Vitória, fundamental para fomentar a economia do Estado do Espírito Santo, que deveria ter sido entregue no ano de 2008, até hoje não está concluído, em razão de terem sido encontrados indícios de superfaturamento no contrato firmado com as empreiteiras contratadas para a execução do projeto. Os prejuízos para o Estado decorrentes de quase uma década de atraso nas obras são incalculáveis (BORGES, “TCU determina nova licitação para obras do aeroporto de Vitória”, *Valor Econômico*, 7 de maio de 2014 [disponível em <http://www.valor.com.br/brasil/3539952/tcu-determina-nova-licitacao-para-obras-do-aeroporto-de-vitoria>, acesso em 19 de setembro de 2016]).

graves prejuízos financeiros em diversos setores da economia em razão da ganância que envolve os interesses corruptos. Infelizmente, esta é a situação em muitas economias ao redor do mundo.

2.3 Excesso de regulação

*Burocracia atrapalha. Onde se cria muita dificuldade,
há sempre alguém vendendo facilidades.*

Lori Tansey

Fatores ambientais também são determinantes para a geração de oportunidades para a corrupção. Assim, um ambiente regulado, com leis bem elaboradas e controles internos e sistemas de detecção efetivos, é capaz de minimizar a ocorrência de fraudes, abusos e desvios. Esse modelo, entretanto, não garante rapidez, boa qualidade nem baixo custo para os serviços prestados ao público. Ao contrário: o excesso de leis pode fazer com que a Administração Pública fique lenta, cara, injusta e insensível ao atendimento das demandas dos cidadãos:

É um tanto ingênuo pensar que se pode controlar o poder do governo e o tamanho do Estado apenas por leis, normas administrativas, regulamentos. Porque mais regras servirão para tornar o Estado maior e mais burocrático, e não terão o resultado esperando, ou seja, impedir a ação daqueles que desejam ter ou exercer mais poder. Nunca vi criminoso que observasse as regras a fim de cumpri-las. Pelo contrário. Quanto mais regras houver, mais problemas serão criados para quem é honesto e mais difícil será controlar o governo e seus agentes.²³⁹

Por isso, em situações de excesso de regulamentação, aqueles que necessitam dos serviços públicos encontram fortes razões para violar a legalidade para atingir o que lhes é, ou lhes parece ser, de direito, naquilo que Luís de Sousa chamou de *arte do desenrascanço*²⁴⁰. Esse panorama de excesso de regulação e burocracia irracional, no mais das vezes, funciona como combustível para a corrupção²⁴¹. A esse respeito bem adverte Robert Klitgaard:

Mas os esforços anticorrupção podem também ser levados longe demais, gerando gastos e um aumento da burocracia, bem como rebaixando o moral. Em algum ponto, mesmo que a corrupção seja reduzida por esforços crescentes, os custos indiretos desses esforços podem ser amplos e o desempenho do órgão pode sofrer enormemente. A certa altura,

²³⁹ GARSCHAGEN, B., *Pare de acreditar no governo: Por que os brasileiros não confiam nos políticos e amam o Estado*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Record, 2016, p. 272.

²⁴⁰ SOUSA, *op. cit.*, p. 52.

²⁴¹ “A complexidade do sistema coloca sua operação acima da capacidade de entendimento dos leigos e confere aos especialistas um monopólio danoso. [...] A consequência mais importante, no entanto, é que o cipoal de leis incita à transgressão e elitiza a Justiça. A tentativa de fechar qualquer porta que escape ao potencial transgressor, baseada no pressuposto de que todos são desonestos, acaba tornando impossível a vida do cidadão honesto. A saída que este tem é, naturalmente, buscar meios de fugir ao cerco, transformando-se em transgressor. [...] Cria-se um círculo vicioso: excesso de lei leva à transgressão que leva a mais lei, que leva a mais transgressão etc. Como consequência, engorda-se a própria estatística da transgressão” (CARVALHO, “Quem transgride o quê”, *op. cit.*, pp. 77-78).

pouco antes da erradicação da corrupção, esses custos diretos e indiretos podem ser excessivos.²⁴²

Um exemplo concreto muito bem demonstra essa conclusão. No ano de 2009, a Câmara dos Comuns do Reino Unido se envolveu em grande escândalo de corrupção, com imensa repercussão na sociedade, principalmente a partir da publicação de uma série de reportagens sobre abusos cometidos por parlamentares no sistema que lhes permitia pagar com dinheiro público diversos gastos pessoais. O Parlamento britânico tem uma tradição histórica de integridade, ao mesmo tempo em que a participação política da população e o exercício da cidadania são intensos. Por isso, os controles internos nunca foram muito robustos, pois não valia a pena gastar dinheiro com uma fiscalização desnecessária. Na prática isso significava que o sistema de reembolso de despesas era relativamente rápido e eficiente, mas, ao mesmo tempo, era potencialmente suscetível à desonestidade de deputados individualmente considerados.

Na ocasião verificou-se que alguns deputados requereram reembolso de despesas que iam desde comida para cachorro até a pagamento de hipoteca inexistente. Um dos pontos críticos – o auxílio-moradia – permitia aos deputados que não são de Londres cobrar pela manutenção de uma segunda residência. Um casal de deputados, entretanto, aproveitou o subsídio para comprar um apartamento em Londres e terminar de pagar as prestações de sua casa na região de origem. Outro parlamentar recebeu uma quantia expressiva para custear as despesas de seu apartamento no bairro nobre de Westminster, quando sua casa fica a menos de vinte quilômetros do centro de Londres, ligada por metrô até à porta do Parlamento.

Entretanto, devido à pressão da opinião pública, o então Primeiro Ministro defendeu que a solução para o problema era reformular a gestão da Câmara dos Comuns e da Câmara dos Lordes, onde têm assento mais de 700 nobres, além de representantes da Igreja Anglicana. Assim, o escândalo colocou em curso uma mudança no sistema de gestão do Parlamento, que passou a ser administrado por um organismo independente: o *Independent Parliamentary Standards Authority – IPSA* –, criado exatamente executar o sistema de despesas para membros do parlamento. A criação do IPSA representou uma mudança fundamental de um sistema essencialmente informal para um altamente formal. O novo sistema passou a ser regido por um código muito mais longo, muito mais específico e muito mais descritivo. Além disso, investigações passaram a ser realizadas nos requerimentos para verificar se há erro ou fraude, o que equivale à premissa de que os deputados não agem com integridade. Toda essa estrutura

²⁴² KLITGAARD, *A Corrupção sob Controle*, op. cit., p. 43.

fez com que, em boa parte das análises, o custo de administrar o novo sistema excedeu o custo do próprio requerimento. Os desvios foram praticamente eliminados, mas o sistema tornou-se excessivamente lento, gerando enorme insatisfação dos deputados. Grande parte passou a subsidiar seu trabalho parlamentar com seu próprio dinheiro, pois perceberam que o novo sistema de despesas é muito difícil de operar. Isso obviamente os deixa expostos ao recebimento de “incentivos” por parte de terceiros interessados na atividade parlamentar, podendo até fomentar a corrupção.

O Brasil, segundo o Índice Global de Complexidade de 2015, que analisa 95 países com o objetivo de classificar jurisdições de acordo com a sua complexidade a partir de uma perspectiva regulatória e de governança corporativa²⁴³, é a décima jurisdição mais complexa do mundo. Como o excesso de regulação não consegue ser superado, a corrupção gerada pela burocracia acaba redobrando a necessidade de uma quantidade cada vez maior de auditorias internas. Entretanto, nem sempre o resultado desse trabalho é positivo sob o ponto de vista da qualidade de vida da população.

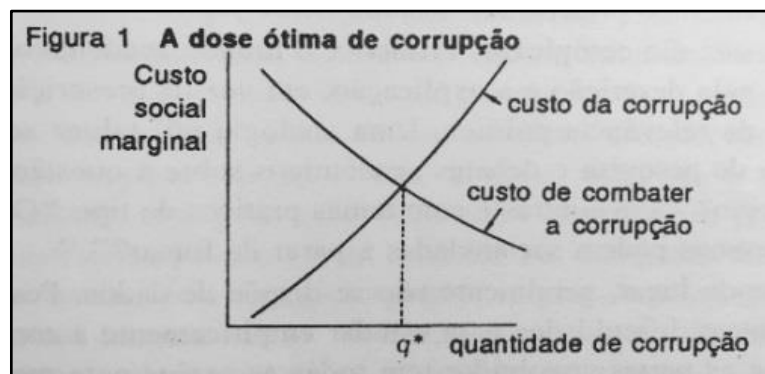
No estudo “A corrupção faz bem para a saúde?”, os pesquisadores Guilherme Lichand, Marcos Lopes e Marcelo Medeiros concluíram que as auditorias aleatórias de gastos municipais com a saúde realizadas pela Controladoria-Geral da União, atual Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, são altamente positivas para inibir práticas corruptas e, assim, evitar prejuízos para o erário. Por outro lado, tal medida não impacta no aumento de leitos nos hospitais, pois os gestores locais, preocupados com o potencial risco de responsabilização por corrupção, passam a investir menos nessa área.²⁴⁴

Há, assim, um ciclo vicioso que compromete a boa governança e impede que seja estancada a corrupção. Como zerar o prejuízo causado pela corrupção representa um grande dispêndio de recursos públicos e impacta na eficiência administrativa, Robert Klitgaard defende a existência de uma “dose ótima de corrupção” (q^*) como ponto de melhor custo-benefício para a Administração Pública, propondo, inclusive, o seguinte gráfico²⁴⁵:

²⁴³ TMF GROUP, *Global Benchmark Complexity Index 2015 – A Global Study of Corporate Secretarial Governance*, February 2016 [disponível em <http://tmf.foxps.com/wp-content/uploads/2016/02/Global-Benchmark-Complexity-Index-2015-small.pdf>, acesso em 17 de outubro de 2016].

²⁴⁴ “Os resultados são que o fosso de corrupção nas transferências com diferentes oportunidades de desvios foi bastante estreitado após o início do programa; no entanto, a diminuição da corrupção não levou a maior adesão nem melhores produtos e resultados de saúde. [...] A nossa análise da redução drástica nos gastos na sequência da introdução do programa - tão grande que conta inteiramente para a diminuição da corrupção - é uma evidência de que o aumento dos riscos para a realização de uma aquisição viciada, sem o fornecimento de orientações sobre as boas práticas de aquisição, pode trazer resultados ainda piores” (LICHAND/LOPES/MEDEIROS, “Is corruption good for your health?”, March 1st, 2015 [disponível em http://scholar.harvard.edu/files/glichand/files/is_corruption_bad_for_your_health.pdf, acesso em 11 de setembro de 2016]).

²⁴⁵ KLITGAARD, Robert. *A Corrupção sob Controle*, op. cit., p. 45.



É muito importante registrar que a mudança das regras e o endurecimento das leis para dificultar esse tipo de atividade ilícita, por si sós, não são capazes de coibir os malefícios da corrupção, pois aquele que deseja se locupletar às custas do erário estará sempre à procura de um novo caminho para atingir o seu intento.

Desse modo, toda e qualquer medida de combate à corrupção sempre deve vir acompanhada de incentivos aos funcionários públicos em direção ao comportamento íntegro, a fim de tornar, o quanto antes, a regulação ou, pelo menos, o excesso dela, praticamente desnecessária.

3 CONTROLE ADMINISTRATIVO DOS ATOS DO PODER PÚBLICO

3.1 Controle interno

O Brasil não é um país corrupto. É apenas um país pouco auditado.

Stephen Kanitz

3.1.1 Introdução

A execução do orçamento pelo Poder Público deve ser, obviamente, devidamente controlada e, por isso, todos os países possuem um sistema para vigiar, monitorar ou controlar as receitas e as despesas orçamentárias públicas. O controle interno, assim, desempenha um papel fundamental no enfrentamento da corrupção, principalmente em razão de sua atuação marcadamente preventiva, de sua posição mais próxima aos atos de gestão e de sua capacidade de verdadeiramente auxiliar o ordenador de despesas e a máxima autoridade da Administração Pública. Relaciona-se, exatamente por esse motivo, diretamente com a *integridade*

governamental, pois, se funcionar adequadamente e alcançar os resultados que dele se esperam, servirá de mola propulsora para a boa governança e a eficiência administrativa:

O controle interno, na visão menos ortodoxa que aqui se defende, deve também ter como funções primordiais a criação e a coordenação de estruturas, práticas e procedimentos com vistas a fortalecer a integridade e prevenir a corrupção. Integridade e corrupção são estados inversamente proporcionais; entretanto, a promoção da integridade é mais do que simplesmente ausência de corrupção, uma vez que, ao conduzir à utilização adequada de fundos, recursos, bens e poderes, influencia os resultados da administração e privilegia diversos aspectos da implementação de políticas públicas, como eficiência, efetividade e eficácia.²⁴⁶

O controle interno, de modo geral, começou a ganhar relevância especial apenas a partir deste século com a implantação dos modelos do *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO)* para garantir padrões mínimos de governança corporativa. Isso porque a existência de um órgão de controle interno capacitado, motivado, independente e responsável é fundamental para que as funções públicas sejam exercidas com mais eficiência e com melhor aproveitamento dos recursos públicos. O COSO, exatamente nesse sentido, define *controle interno* como “[...] um processo conduzido pela estrutura de governança, administração e outros profissionais da entidade, e desenvolvido para proporcionar segurança razoável com respeito à realização dos objetivos relacionados a operações, divulgação e conformidade”²⁴⁷.

É por isso que o controle interno, tal como recomendado pelo art. 6º da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção²⁴⁸, sem descurar de sua função repressiva, deve se revelar por uma postura essencialmente preventiva, não apenas no sentido de evitar a causação de prejuízos ao erário, mas principalmente de criar um ambiente de perceptível integridade governamental. Spinelli e Cruz, nessa linha, sugerem um rol de atividades que primordialmente devem ser exercidas: a) promoção da transparência, do acesso à informação e do governo aberto; b) fomento ao controle social; c) promoção da educação para a ética e cidadania; d) estímulo a

²⁴⁶ SPINELLI/CRUZ, *op. cit.*, p. 220.

²⁴⁷ COSO – Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, *Controle Interno – Estrutura Integrada – Sumário Executivo*, maio de 2013, p. 6 [disponível em http://www.iiabrazil.org.br/new/2013/downloads/coso/COSO_ICIF_2013_Sumario_Executivo.pdf, acesso em 21 de outubro de 2016].

²⁴⁸ Art. 6º da UNCAC. Órgão ou órgãos de prevenção à corrupção 1. Cada Estado Parte, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, garantirá a existência de um ou mais órgãos, segundo procede, encarregados de prevenir a corrupção com medidas tais como: a) A aplicação das políticas as quais se faz alusão no Artigo 5º da presente Convenção e, quando proceder, a supervisão e coordenação da prática dessas políticas; b) O aumento e a difusão dos conhecimentos em matéria de prevenção da corrupção. 2. Cada Estado Parte outorgará ao órgão ou aos órgãos mencionados no parágrafo 1º do presente Artigo a independência necessária, de conformidade com os princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, para que possam desempenhar suas funções de maneira eficaz e sem nenhuma influência indevida. Devem proporcionar-lhes os recursos materiais e o pessoal especializado que sejam necessários, assim como a capacitação que tal pessoal possa requerer para o desempenho de suas funções. 3. Cada Estado Parte comunicará ao Secretário-Geral das Nações Unidas o nome e a direção da(s) autoridade(s) que possa(m) ajudar a outros Estados Partes a formular e aplicar medidas concretas de prevenção da corrupção.

práticas de integridade no setor privado; e) fortalecimento da gestão pública; f) aprimoramento do marco legal; g) ações de inteligência e de produção de informações estratégicas.²⁴⁹

Embora tenha sido concebido para o setor privado, o modelo COSO foi reconhecido e adotado por entidades ligadas ao setor público, inclusive a Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores (*International Organization of Supreme Audit Institutions – INTOSAI*). Por isso, a base estrutural dos sistemas de controle interno do setor público está, de modo geral, fixada no modelo COSO, o qual estabelece que a responsabilidade primordial da manutenção do ambiente de controle interno é do titular de cada entidade do setor público (anteriormente era responsabilidade das unidades de auditoria interna). Propõe, para tanto, cinco componentes principais de qualquer controle interno, que geram dezessete princípios e representam os conceitos fundamentais associados a cada componente, a saber:

Ambiente de controle

1. A organização demonstra ter comprometimento com a integridade e os valores éticos. 2. A estrutura de governança demonstra independência em relação aos seus executivos e supervisiona o desenvolvimento e o desempenho do controle interno. 3. A administração estabelece as estruturas, os níveis de subordinação e as autoridades e responsabilidades adequadas na busca dos objetivos. 4. A organização demonstra comprometimento para atrair, desenvolver e reter talentos competentes, em linha com seus objetivos. 5. A organização faz com que as pessoas assumam responsabilidade por suas funções de controle interno na busca pelos objetivos.

Avaliação de riscos

6. A organização especifica os objetivos com clareza suficiente, a fim de permitir a identificação e a avaliação dos riscos associados aos objetivos. 7. A organização identifica os riscos à realização de seus objetivos por toda a entidade e analisa os riscos como uma base para determinar a forma como devem ser gerenciados. 8. A organização considera o potencial para fraude na avaliação dos riscos à realização dos objetivos. 9. A organização identifica e avalia as mudanças que poderiam afetar, de forma significativa, o sistema de controle interno.

Atividades de controle

10. A organização seleciona e desenvolve atividades de controle que contribuem para a redução, a níveis aceitáveis, dos riscos à realização dos objetivos. 11. A organização seleciona e desenvolve atividades gerais de controle sobre a tecnologia para apoiar a realização dos objetivos. 12. A organização estabelece atividades de controle por meio de políticas que estabelecem o que é esperado e os procedimentos que colocam em prática essas políticas.

Informação e comunicação

13. A organização obtém ou gera e utiliza informações significativas e de qualidade para apoiar o funcionamento do controle interno. 14. A organização transmite internamente as informações necessárias para apoiar o funcionamento do controle interno, inclusive os objetivos e responsabilidades pelo controle. 15. A organização comunica-se com os públicos externos sobre assuntos que afetam o funcionamento do controle interno.

Monitoramento

16. A organização seleciona, desenvolve e realiza avaliações contínuas e/ou independentes para se certificar da presença e do funcionamento dos componentes do controle interno.

²⁴⁹ SPINELLI/CRUZ, *op. cit.*, pp. 227-234.

17. A organização avalia e comunica deficiências no controle interno em tempo hábil aos responsáveis por tomar ações corretivas, inclusive a estrutura de governança e alta administração, conforme aplicável.²⁵⁰

Esse modelo tornou-se uma referência mundial não apenas por uniformizar as definições de controle interno e definir seus componentes e objetivos, mas também por delinear os papéis e as responsabilidades da Administração Pública nessa seara. Além disso, estabeleceu um meio para monitorar, avaliar e reportar as análises de controle interno. Foi, por tudo isso, estruturado no formato de uma matriz tridimensional, conhecida como *Cubo do COSO*, na qual constam todos os elementos que devem se fazer presentes para que um sistema de controle interno possa ser considerado eficaz, senão vejamos:



Não há dúvidas de que o controle interno da Administração Pública envolve uma área muito ampla e ainda tem muito a contribuir para a boa governança. Enormes desafios ainda precisam ser superados para o aprimoramento dessa função, principalmente no que tange à necessidade de uma mudança cultural. Isso porque muitos agentes públicos ainda não sabem o que ele representa ou desconhecem o seu potencial de contribuir para a boa governança, encarando-o muito mais como uma antítese da eficiência a partir de algumas premissas absolutamente falsas:

Vivemos, gerencialmente, uma sanha de que qualquer forma de controle atrapalha e que a velocidade é a dimensão primordial da eficiência, e que as ameaças e os riscos são purismos, invencionices de um período no qual o patrimonialismo supostamente se deu soterrado e as regras e controles apenas atrapalham, não contribuindo em nada para o atingimento dos objetivos. Aí, reclamam alguns dos mecanismos de verificação, de ações que procurem melhorar a responsabilização e a transparência, como causa de todos os males. [...] Exupéry, no seu ‘Pequeno príncipe’, dizia que o essencial é invisível aos olhos. O essencial e o acessório no processo de gestão necessitam serem identificados. No campo do discurso, quando confrontados, muitas vezes culpabilizam o controle e a burocracia pelos atrasos e falhas. Nos escândalos, outras vezes se socorrem desses mesmos mecanismos.²⁵¹

²⁵⁰ COSO, *op. cit.*, pp. 9-10.

²⁵¹ BRAGA, “O equilíbrio entre a lebre e a tartaruga”, in *Revista Gestão Pública e Desenvolvimento*, n.º 73, Brasília, janeiro de 2014, p. 34. No mesmo sentido: “Dependendo do momento e do ponto de vista, o controle transita entre o céu e o inferno com relativa facilidade. O mesmo gestor que abomina a burocracia, as normas e todo tipo de limitação de poder, atribuindo genericamente ao controle a culpa pela ineficiência administrativa, não hesita em acionar os mecanismos de apuração para responder aos escândalos televisionados em horário nobre ou para justificar tecnicamente uma atitude politicamente embaraçosa” (SANTOS/BRAGA, “Do paradoxo à efetividade – a controladoria pública como instrumento de um estado mais eficiente”, in *Controladoria no setor público*, coord. A. C. BLIACHERIENE, et al., Belo Horizonte, Fórum, 2016, p. 377).

Nas últimas décadas, entretanto, vários países do mundo se conscientizaram da necessidade de melhorar a qualidade e efetividade do serviço de controle interno, o que resultou numa série de avanços já conquistados. A seguir serão descritas, resumidamente, as principais peculiaridades dos sistemas de controle interno do Brasil e de Portugal.

3.1.2 Controle interno no Brasil

A organização política brasileira é bem diferente da da maioria dos países europeus, eis que é dividida em três níveis de governo (federal, estadual e municipal), sendo a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder (art. 70 da Constituição Federal).

No caso particular do controle interno, a Constituição de 1988 representou um marco ao prever, em seu art. 74, que o mesmo deve existir em todos os poderes e funcionar de forma sistêmica e integrada.²⁵² Pode-se dizer, assim, que o controle administrativo é uma função originariamente própria do Poder Legislativo, mas que, por opção do legislador constituinte, foi atribuída também a todos os demais poderes. A partir dessa regra constitucional, o controle interno brasileiro assumiu a missão precípua de garantir que a Administração Pública atue de acordo com os princípios explícitos e implícitos na Carta Magna, inclusive o da obrigatoriedade de prestação de contas²⁵³, com funções basilares bem definidas:

a) prestar informações constantes e seguras à Administração acerca dos setores financeiro-contábil, administrativo, operacional e jurídico; b) defender os interesses público e coletivo, inerentes à organização do serviço público, contra possíveis ilegalidades, ilegitimidades ou quaisquer outras irregularidades que atentem contra os princípios informadores da Administração Pública; c) acompanhar a consecução de metas preconizadas pela Administração e, quando for o caso, expedir recomendações com o fito de que sejam realizados os ajustes indispensáveis à eficiência da gestão.²⁵⁴

²⁵² Art. 74 da Constituição Federal. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I – avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III – exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV – apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. § 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária. § 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

²⁵³ Art. 34 da Constituição Federal. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: [...] d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.

²⁵⁴ RIBEIRO/BLIACHERIENE/SANTANA, “Considerações sobre formas, processos e isoformismo nas estruturas de controle interno da federação brasileira”, in *Controladoria no setor público*, coord. A. C. BLIACHERIENE, et al., Belo Horizonte, Fórum, 2016, p. 31.

Concernente ao Poder Executivo federal, a CGU – Controladoria-Geral da União – foi criada pela Lei Federal n.º 10.683, de 28 de maio de 2003, para funcionar, inicialmente, apenas como órgão central de controle interno. Posteriormente, com a Lei n.º 11.204, de 5 de dezembro de 2005, passou a funcionar como uma verdadeira *agência anticorrupção*, pois, além de agregar as funções acometidas à antiga Corregedoria-Geral da União, recebeu também a missão de realizar a prevenção e combate à corrupção e de incrementar a transparência da gestão da Administração Pública Federal. Passou, assim, não apenas a estipular regras e procedimentos de controle, a centralizar e coordenar as atividades de *auditoria governamental*²⁵⁵ e correição de toda a Administração Pública Federal, mas também a gerir a transparência da gestão pública e sua relação com a sociedade.

No ano de 2006, foi criada, no âmbito da CGU, a Secretaria Nacional de Transparência e Prevenção da Corrupção – STPC –, a qual congrega a Diretoria de Transparência e Controle Social e a Diretoria de Promoção da Integridade, Acordos e Cooperação Internacional. A STPC é o órgão da CGU que possui a responsabilidade de formular, coordenar, fomentar e apoiar a implementação de planos, programas, projetos e normas voltados à prevenção da corrupção e à promoção da transparência, do acesso à informação, da conduta ética, da integridade e do controle social na Administração Pública, bem como na sua relação com o setor privado. Cabe também à STPC promover a cooperação com órgãos, entidades e organismos nacionais e internacionais que atuam no campo da prevenção da corrupção, além de fomentar a realização de estudos e pesquisas visando à produção e à disseminação do conhecimento em suas áreas de atuação.

Foi principalmente a partir daí que a CGU passou a ganhar destaque no combate à corrupção e, com a entrada em vigor da Lei n.º 12.846/2013, passou a figurar como órgão mais importante no trato da responsabilização das pessoas jurídicas, seja aplicando sanções administrativas, negociando acordos de leniência ou declarando a inidoneidade de empresas envolvidas com práticas irregulares. Foi a Controladoria-Geral da União, inclusive, que coordenou os trabalhos de elaboração da minuta do decreto regulamentador da Lei Anticorrupção Empresarial – o Decreto n.º 8.420, de 18 de março de 2015.

²⁵⁵ Auditoria governamental é o “exame efetuado em entidades da administração direta e indireta, em funções, subfunções, programas, ações (projetos, atividades e operações especiais), áreas, processos, ciclos operacionais, serviços, sistemas e sobre a guarda e a aplicação de recursos públicos por outros responsáveis, em relação aos aspectos contábeis, orçamentários, financeiros, econômicos, patrimoniais e operacionais, assim como acerca da confiabilidade do sistema de controle interno (SCI). É realizada por profissionais de auditoria governamental, por intermédio de levantamentos de informações, análises imparciais, avaliações independentes e apresentação de informações seguras, devidamente consubstanciadas em evidências, segundo os critérios de legalidade, legitimidade, economicidade, eficiência, eficácia, efetividade, equidade, ética, transparência e proteção do meio ambiente, além de observar a probidade administrativa e a responsabilidade social dos gestores da coisa pública” (ATRICON, *op. cit.*, p. 11).

O órgão de controle interno federal foi transformado no Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União – CGU – pela Lei n.º 13.341, de 29 de setembro de 2016 (art. 3º, inciso I), com manutenção de todas as suas atribuições originárias e agregação de ações que têm natureza distinta e que tradicionalmente são desempenhadas por órgãos diferentes: auditoria, controladoria, ouvidoria e correição²⁵⁶. Tal ministério é ligado diretamente à Presidência da República e desempenha, além do controle interno, outras três funções nucleares: promoção da transparência, atividades de ouvidoria e realização de auditorias internas.

A auditoria interna no Poder Executivo no Brasil é centralizada, desempenhada na Secretaria Federal de Controle Interno da CGU. Cada ministério (e a administração direta em geral) é apoiado por uma “divisão de auditoria interna” dentro da Secretaria Federal de Controle Interno e, em cada Ministério, há ainda um Assessor Especial de Controle Interno, que faz parte da carreira da CGU, mas é nomeado e reporta-se ao respectivo ministro. Adicionalmente, algumas entidades (como o Gabinete da Presidência da República, Ministério da Defesa e o Sistema Único de Saúde) têm suas próprias unidades de auditoria interna. Além disso, a CGU possui 26 escritórios regionais, um em cada estado da Federação, e orienta os entes da Administração Pública Federal indireta. Tal função foi acrescida pela Lei Federal n.º 10.180, de 6 de fevereiro de 2001, que trata da organização dos sistemas de planejamento, orçamento, gestão financeira, contábil e de controles internos da Administração Pública Federal e que exige que as entidades da Administração Pública indireta estabeleçam unidades de auditoria interna.

Também os estados, assim como muitos municípios, possuem seus respectivos órgãos de controle interno (com diferentes nomenclaturas, mas normalmente chamados Controladorias-Gerais do Estado – CGE’s). A capacidade de organização e de operação dos órgãos de controle interno estaduais e municipais é bastante diferente, já que alguns estão posicionados como secretarias de estado, enquanto outros ainda funcionam como meros departamentos ou coordenações vinculadas ao gabinete do Chefe do Poder Executivo ou da Secretaria da Fazenda do Estado ou do Município. A maioria deles, entretanto, convive com orçamentos estreitos e,

²⁵⁶ “A auditoria é responsável pelas fiscalizações e avaliações das contas e do desempenho da gestão governamental. A controladoria agrega as atividades de prevenção da corrupção e promoção da transparência. A ouvidoria responsabiliza-se pela recepção, análise e encaminhamento de demandas da população aos órgãos públicos, e a correição é a atividade de apuração de irregularidades e punição administrativa de servidores e empresas. A articulação e a cooperação entre essas áreas se dão pelo compartilhamento de conhecimentos e informações, e são essenciais para o bom desempenho de cada uma delas (a correição e a prevenção à corrupção, por exemplo, beneficiam-se da identificação de problemas pela auditoria)” (COELHO/BLIACHERIENE, “Desenvolvimento institucional do controle interno brasileiro: construção político-institucional”, in *Controladoria no setor público*, coord. A. C. BLIACHERIENE, et al., Belo Horizonte, Fórum, 2016, p. 77).

por isso, tem pouca capacidade de investimento em treinamento, programas e políticas anticorrupção.²⁵⁷

Exatamente para tentar diminuir essas desigualdades é que, no ano de 2007, foi criado o CONACI – Conselho Nacional de Controle Interno –, o qual congrega, além do Ministério da Transparência, Fiscalização e Combate à Corrupção, todos os órgãos de controle interno dos estados e de suas respectivas capitais. A atuação do CONACI, a cada ano, vem ganhando mais destaque no sentido não apenas de fortalecer os sistemas de controle interno no Brasil, mas também de buscar uma maior eficiência da Administração Pública, estando suas nobres funções assim delineadas:

Sua atuação se dá a partir do intercâmbio de conhecimentos, práticas e informações, possibilitando um trabalho conjunto para a formulação, implementação e avaliação de políticas nacionais de controle e gestão. Além de discutir, conhecer e trocar experiências, o CONACI consolida-se com o propósito principal de promover a necessária integração entre todos os órgãos responsáveis pelo controle dos gastos públicos atuantes no Brasil, beneficiando a sociedade, o Estado e o país. Faz parte de sua atuação a coordenação e articulação das ações de interesse dos órgãos de controle interno, a realização de debates e eventos de interesse de seus membros e a coordenação e desenvolvimento de programas e projetos voltados à construção de mecanismos de controle que possibilitem ao país avançar econômica e socialmente, aproximando o poder público dos cidadãos.²⁵⁸

O CONACI, no ano de 2014, objetivando fortalecer e modernizar o controle interno brasileiro, propôs, pela Carta de Foz do Iguaçu²⁵⁹, uma parceria com o Banco Mundial no sentido de ampliar a capacidade de governança dos órgãos e entidades que tem sob sua responsabilidade a tarefa de orientar, acompanhar e tutelar a integridade dos recursos públicos. A ideia era conceber um modelo integrado de atuação dos órgãos de controle interno do país que contemplasse as macrofunções de controladoria, auditoria, ouvidoria e correição e, além disso, fosse capaz de efetivar o controle das funções de orçamento, finanças, contabilidade, gestão, transparência e estímulo ao controle social da Administração Pública e prevenção da corrupção.

Para alcançar esse ambicioso objetivo, o Banco Mundial adaptou, para a realidade da Administração Pública brasileira, o modelo de controle interno concebido pelo Instituto dos Auditores Internos (*Institute of Internal Auditors – IIA*), conhecido como “As três linhas de

²⁵⁷ No Estado do Espírito Santo, encontra-se em vigor a Lei Estadual n.º 10.498, de 26 de fevereiro de 2016, a qual destina para a Secretaria de Estado de Controle e Transparência os valores das multas aplicadas pelo Tribunal de Contas do Estado a agentes públicos estaduais, das multas aplicadas com base na Lei Federal n.º 8.429/92 (Lei de Defesa da Probidade Administrativa), das multas aplicadas com base na Lei Federal n.º 8.666/93 (Lei de Licitações) e das multas aplicadas com base na Lei Federal n.º 12.846/2013, recursos, esses, que podem ser investidos em atividades de prevenção, fiscalização e repressão à prática de ilícitos que causem prejuízo ao erário estadual ou gerem enriquecimento ilícito de servidores públicos estaduais, bem como em campanhas educacionais e de conscientização acerca dos efeitos deletérios da corrupção.

²⁵⁸ CONACI – Conselho Nacional de Controle Interno, “Quem somos”, *CONACI – Conselho Nacional de Controle Interno*, [website] §§ 2-4 [disponível em <http://conaci.org.br/quem-somos/>, acesso em 21 de agosto de 2016].

²⁵⁹ *Idem*, “Carta de Foz do Iguaçu”, 2014 [disponível em http://conaci.org.br/wp-content/uploads/2014/05/Carta_Foz-do-Iguacu.pdf, acesso em 27 de outubro de 2016].

defesa em gestão de riscos e controle”²⁶⁰. O modelo escolhido propõe que o controle interno seja realizado em três camadas, a saber: gestão operacional, gestão de riscos e funções de conformidade e, por último, auditoria interna, podendo ser melhor visualizado no seguinte organograma, já com as devidas adaptações:



Cada uma das três linhas desempenha um papel distinto dentro da estrutura de governança da organização: na primeira linha de defesa, os gerentes operacionais são os responsáveis por gerenciar os riscos e por implementar as ações corretivas capazes de resolver as deficiências identificadas nos diversos processos e controles; já a segunda linha de defesa comporta a supervisão de conformidade estabelecida pela gerência, o monitoramento da implementação de práticas eficazes de gerenciamento de riscos por parte da gerência operacional e o auxílio na função da gerência de reportar adequadamente informações relacionadas aos riscos em toda a organização; a terceira linha de defesa (auditoria interna), por derradeiro, é a responsável por realizar avaliações sobre a eficácia da governança, do gerenciamento de riscos e dos controles internos, incluindo a forma como a primeira e a segunda linhas de defesa alcançam os objetivos de gerenciamento de riscos e controle, reportando-se sempre à alta administração e ao órgão de governança.

As auditorias que são realizadas na terceira linha de defesa, aliás, devem se modernizar no sentido de não mais priorizar os aspectos formais, mais sim de estabelecer o foco nos regramentos da boa governança sempre tendo em vista os melhores resultados possíveis que a

²⁶⁰ IIA – Institute of Internal Auditors, IIA Position Paper: *The Three Lines of Defense in Effective Risk Management and Control*, Altamonte Springs, FL, The Institute of Internal Auditors, 2013.

Administração Pública pode produzir em favor da população, atuando de forma preventiva e global, fortalecendo processos, mediando demandas e racionalizando custos:

As demandas dos governos e dos cidadãos para a atividade de auditoria cresceram muito por influência da evolução do modelo de gestão administrativa do setor público – o que se convencionou como Nova Administração Pública – e também da consolidação do processo democrático brasileiro, exigindo não apenas a verificação formal de documentos e registros, mas a avaliação de aspectos relevantes da gestão: a eficiência, a eficácia e a efetividade das políticas públicas, do uso dos recursos coletivos, da condução, pelos agentes, dos interesses a eles delegados.²⁶¹

Esse projeto do Banco Mundial encontra-se em pleno desenvolvimento no Brasil, já tendo sido superada a etapa de avaliação da capacidade dos órgãos de controle interno que integram o CONACI e sido identificados os fundamentos necessários para uma auditoria interna efetiva no setor público, sendo que, ao seu final, certamente haverá um enorme avanço para o controle interno brasileiro. Entretanto, para que essa missão possa ser exercida com qualidade, é imperioso um profundo incremento na quantidade de auditores internos brasileiros, pois o número atual é absolutamente insuficiente para o desenvolvimento de qualquer projeto de excelência nessa área.²⁶²

Registre-se, por fim, que atualmente tramita no Congresso Nacional brasileiro Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n.º 45/2009, a qual prevê a organização e o reconhecimento da essencialidade das atividades de controle interno, a previsão de uma carreira própria para os servidores que atuam nessa função, a existência de órgãos de controle interno permanentes e a definição de suas quatro macrofunções (auditoria, ouvidoria, controladoria e correição).²⁶³ Se tal proposta for aprovada, ela certamente representará um novo marco regulatório para o controle interno brasileiro, eis que possibilitará uma reorganização capaz de oferecer à sociedade mecanismos ainda mais eficazes de prevenção da corrupção.

²⁶¹ SANTOS/BRAGA, *op. cit.*, p. 384.

²⁶² “Em entrevista ao Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT, Renato Trisciuzzi, então presidente do conselho de administração do Instituto dos Auditores Internos – IIA Brasil (IIA, na sigla em inglês), afirmou que a constatação feita pela empresa de auditoria e consultoria americana Crowe Horwath RCS, em 2010, apontava o Brasil como um dos países com a menor taxa de auditores por habitante entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento. Segundo ele, ‘a quantidade de auditores no Brasil é ínfima comparada a seu Produto Interno Bruto – PIB, seja na área pública, seja na iniciativa privada. A título de comparação, nos Estados Unidos, 16 mil auditores atuam nos sistemas de controle interno do governo federal, contra 2300 no Brasil, lotados na Controladoria-Geral da União’” (PIGNATARO, “O papel das denúncias no processo de controle”, in *Controladoria no setor público*, coord. A. C. BLIACHERIENE, et al., Belo Horizonte, Fórum, 2016, p. 258).

²⁶³ Propõe a inserção do inciso XXIII no art. 37 da Constituição Federal, com a seguinte redação: “As atividades do sistema de controle interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a que faz referência o art. 74, essenciais ao funcionamento da administração pública, contemplarão em especial as funções de ouvidoria, controladoria, auditoria governamental e correição, e serão desempenhadas por órgãos de natureza permanente, e exercidas por servidores organizados em carreiras específicas na forma da lei, e por outros servidores militares, devidamente habilitados para essas atividades, em exercício nas unidades de controle interno dos comandos militares”.

3.1.3 Controle interno em Portugal

A Comissão Europeia, objetivando alcançar uma padronização em relação ao controle interno de todos os países da União Europeia, também adotou como modelo a ser implementado por todos os países do bloco o trabalho do Instituto dos Auditores Internos (*Institute of Internal Auditors – IIA*), conforme se vê do relatório elaborado pelo *Commission's Internal Audit Service – IAS* (Serviço de Auditoria Interna da Comissão)²⁶⁴. A legislação portuguesa, nesse particular, não se distancia muito do modelo-padrão europeu: pelo Decreto-Lei n.º 166/98, de 25 de junho, foi instituído o Sistema de Controle Interno da Administração Financeira do Estado (SCI), o qual foi promulgado com a seguinte exposição de motivos:

O presente diploma visa, pois, dar satisfação a este objectivo, consagrando um modelo articulado, integrado e coerente, estruturado em três níveis, com definição das entidades responsáveis e dos princípios fundamentais de actuação, que habilitem a uma melhor coordenação e utilização dos recursos afectos à função controlo. Neste sentido, é criado o Conselho Coordenador do Sistema Nacional de Controlo Interno, a quem, para além das funções de coordenação do sistema, é confiada a missão de consolidar metodologias harmonizadas de controlo e de estabelecer critérios mínimos de qualidade do sistema nacional de controlo interno, susceptíveis de garantir um elevado nível de protecção dos interesses financeiros do Estado. Apostando na mobilização de todas as estruturas da administração para este objectivo, procura-se, ainda, promover a difusão de uma ‘cultura do controlo’ em todos os níveis da administração financeira do Estado que permita a assunção de uma generalizada consciência da decisiva relevância do controlo como forma privilegiada de melhorar a gestão. Assim se compreende a evolução ultimamente constatada no sentido da criação de inspecções-gerais junto de alguns ministérios onde estas não existiam, bem como a criação no seio delas de núcleos de auditoria financeira, conviventes com as preocupações de auditoria técnica.

Seguindo o mesmo padrão estabelecido no modelo conhecido como “As três linhas de defesa em gestão de riscos e controle”, a citada legislação adota três níveis de controle interno, a saber: a) *controle operacional* (1º nível); b) *controle setorial* (2º nível); c) *controle estratégico* (3º nível).²⁶⁵ A Inspeção-Geral de Finanças (IGF), ligada diretamente ao Ministério das Finanças, desempenha papel fundamental nessa estrutura, eis que suas responsabilidades de auditoria e controle interno englobam toda a Administração Pública central e local, incluindo empresas

²⁶⁴ REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL – Annual Report to the Discharge Authority on internal audits carried out in 2009 (Article 86(4) of the Financial Regulation) [disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A52010DC0447>, acesso em 10 de novembro de 2016].

²⁶⁵ Art. 4º. Estrutura. 1 – O SCI considera-se estruturado em três níveis de controlo, designados de operacional, sectorial e estratégico, definidos em razão da natureza e âmbito de intervenção dos serviços que o integram. 2 – O *controlo operacional* consiste na verificação, acompanhamento e informação, centrado sobre decisões dos órgãos de gestão das unidades de execução de acções é constituído pelos órgãos e serviços de inspecção, auditoria ou fiscalização inseridos no âmbito da respectiva unidade. 3 – O *controlo sectorial* consiste na verificação, acompanhamento e informação, perspectivados preferentemente sobre a avaliação do controlo operacional e sobre a adequação da inserção de cada unidade operativa e respectivo sistema de gestão, nos planos globais de cada ministério ou região, sendo exercido pelos órgãos sectoriais e regionais de controlo interno. 4 – O *controlo estratégico* consiste na verificação, acompanhamento e informação, perspectivados preferentemente sobre a avaliação do controlo operacional e controlo sectorial, bem como sobre a realização das metas traçadas nos instrumentos provisionais, designadamente o Programa do Governo, as Grandes Opções do Plano e o Orçamento do Estado. 5 – O controlo estratégico, de carácter horizontal relativamente a toda a administração financeira do Estado no sentido definido pelo artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 158/96, de 3 de Setembro, é exercido pela Inspeção-Geral de Finanças (IGF), pela Direcção-Geral do Orçamento (DGO) e pelo Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social (IGFSS), de acordo com as respectivas atribuições e competências previstas na lei.

estatais, empresas municipais, fundações e até mesmo empresas privadas que utilizam ou recebem fundos públicos. Assim, apesar da existência de um sistema de controle interno em cada um dos órgãos governamentais, existe um sistema mais abrangente que se encarrega do controle do conjunto das receitas e despesas da Administração Pública, ou seja, um órgão central de controle interno de harmonização e com poder de intervir nas demais unidades.

Portugal possui, atualmente, unidades de auditoria interna em praticamente todos os ministérios setoriais e na maior parte do setor público, à exceção das organizações de menor dimensão. Ministérios e agências, com isso, são os responsáveis primários pelo gerenciamento dos programas e sua execução, mas há, ao mesmo tempo, a função de auditoria interna independente e a função de inspeção financeira, com uma unidade central de controle interno baseada no Ministério das Finanças. Para o funcionamento eficaz de todo o sistema, há, ainda, um Conselho de Coordenação da Auditoria Interna, composto por 15 membros e presidido pelo diretor da unidade de auditoria interna do Ministério das Finanças.

Também objetivando alcançar uma unidade de atuação nesse campo, foi criada na Europa, no ano de 2006, com o apoio do Banco Mundial, a *PEMPAL – Public Expenditure Management Peer-Assisted Learning*.²⁶⁶ Trata-se de uma rede de profissionais vinculados às áreas de orçamento, tesouraria e auditoria interna que foi projetada não apenas para apoiar as reformas de gestão pública financeira em 23 países da Europa e região da Ásia Central, mas também para reforçar a capacidade de partilhar conhecimentos de controle interno. No âmbito da PEMPAL, funciona a Comunidade de Práticas de Auditoria Interna (*IACOP – Internal Audit Community of Practice*), a qual realiza reuniões regulares onde seus membros compartilham experiências e identificam soluções para as questões prioritárias relacionadas à implementação das reformas de auditoria interna no setor público.

3.2 Controle externo

3.2.1 O controle externo pela atividade parlamentar

O controle da Administração Pública, além de interno, também pode ser externo, ou seja, exercido por órgão vinculado a poder diverso daquele que está sendo controlado. A partir do princípio da repartição dos poderes e do sistema de freios e contrapesos que deve garantir o

²⁶⁶ Informações disponíveis em <https://www.pempal.org/>, acesso em 21 de outubro de 2016.

equilíbrio da Administração Pública de modo geral, o *controle externo* pode ser conceituado como sendo

o controle exercido pelo Poder Legislativo com o auxílio técnico dos Tribunais de Contas, sobre as atividades orçamentária, contábil, financeira, econômica, operacional e patrimonial dos Poderes Executivo, Judiciário, do próprio Poder Legislativo e do Ministério Público, e de suas entidades da administração direta e indireta, incluídas as fundações e as sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, eficiência, eficácia, efetividade e equidade dos atos praticados pelos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos.²⁶⁷

No Brasil, constituem atos ou fatos sujeitos à fiscalização e controle do Congresso Nacional, de suas Casas e Comissões, os passíveis de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial referida no art. 70 da Constituição Federal; os atos de gestão administrativa do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta, seja qual for a autoridade que os tenha praticado; os atos do Presidente e Vice-Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União que importarem, tipicamente, crime de responsabilidade; dentre outros²⁶⁸.

Para exercer essas competências, o Congresso Nacional tem à sua disposição mecanismos constitucionais de controle político da Administração Pública, a saber: a) a convocação, pela Câmara dos Deputados, pelo Senado Federal ou qualquer de suas Comissões, de Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificativa adequada (art. 50, *caput*); b) a formulação de pedidos escritos de informação a Ministro de Estado, encaminhadas pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, importando crime de responsabilidade a recusa ou o não-atendimento no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas (art. 50, § 2º).

Na mesma linha, a Assembleia da República, em Portugal, no exercício das funções de fiscalização e controle, também possui a missão de apreciar os atos do Governo e da Administração, assim como de tomar as contas do Estado e das demais entidades públicas que

²⁶⁷ ATRICON, *op. cit.*, p. 12.

²⁶⁸ Art. 60 da Resolução n.º 17/1989 (Regimento Interno da Câmara dos Deputados).

a lei determinar, as quais serão apresentadas até o último dia do ano subsequente, com o parecer do Tribunal de Contas e os demais elementos necessários à sua apreciação.²⁶⁹

Não há dúvida, entretanto, de que o meio mais eficaz de exercer o controle político da Administração Pública é através das comissões parlamentares de inquérito (CPIs), cujo objetivo central é apurar fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores. Essas comissões, no Brasil e em Portugal, possuem algumas similitudes, a começar pelos *poderes investigatórios próprios de autoridades judiciárias* que seus membros possuem, os quais devem ser utilizados para garantir que os inquéritos parlamentares sejam viabilizados independentemente da colaboração de terceiros, conforme previsão do art. 58º, § 3º, da CFB, e do art. 178º, n.º 5, da CRP²⁷⁰. Além disso, como explica Nuno Piçarra,

Cientes de que tal controlo é principalmente exercido pela oposição, tanto a CRP como a CRFB, na esteira da Constituição alemã de Weimar, configuram a criação de CPIs como um direito público subjectivo assegurado a uma minoria de ‘um quinto dos Deputados em efectividade de funções, até ao limite de uma por Deputado e por sessão legislativa’ (artigo 178º, n.º 4), no primeiro caso, e de um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, no segundo caso.²⁷¹

A aproximação entre a comissão parlamentar de inquérito brasileira e portuguesa, entretanto, não vai muito adiante, principalmente em razão da diferença de sistemas de governo existente entre os dois países, o que faz com que o inquérito parlamentar assuma, no Brasil, uma posição de destaque não identificada em Portugal.²⁷² Uma das funções CPIs brasileiras, inclusive, é a de sugerir mudanças legislativas, o que pode se dar até mesmo no sentido de coibir ou dificultar a corrupção. A comissão parlamentar mista de inquérito que, em 2006, investigou os parlamentares que propunham emendas orçamentárias para comprar ambulâncias em municípios e embolsavam parte do dinheiro obtido com licitações superfaturadas, no escândalo que ficou conhecido como o “Escândalo das Ambulâncias” ou “Máfia das Sanguessugas”²⁷³, propôs um relatório final com mudanças substantivas nas regras congressuais para emendar o orçamento a fim de impedir que a prática voltasse a se repetir.²⁷⁴

²⁶⁹ Art. 162º, “a” e “d”, da Constituição da República.

²⁷⁰ Regulamentado pela Lei n.º 5/93, de 1º de março (Regime Jurídico dos Inquéritos Parlamentares), com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 15/2007, de 3 de abril.

²⁷¹ PIÇARRA, “Os poderes das comissões parlamentares de inquérito no Direito brasileiro e no Direito português”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 203.

²⁷² “A causa última do desencontro assinalado de interpretações e impactos práticos dos artigos 58, § 3º, da CRFB e do artigo 178, n.º 4 e 5, da CRP, poderá residir em parte no elemento metajurídico constituído pela diferença de sistemas de governo entre ambos os países, sendo bem conhecida a tese segundo a qual a ‘separação rígida de poderes’ entre Parlamento e Executivo, identificadora dos sistemas de governo presidencialistas como o brasileiro, torna o inquérito parlamentar mais relevante do que em ‘separação flexível de poderes’, identificadora dos sistemas de governo parlamentares ou com componente parlamentar, como o português” (*id. ibidem*, p. 205).

²⁷³ FURTADO, *op. cit.*, pp. 256-268.

²⁷⁴ BRASIL, Senado Federal, “Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – Ambulâncias (Relatório Final)”, Brasília, dezembro de 2006 [disponível em <https://www.senado.gov.br/atividade/Comissoes/CPI/RelatorioFinalAmbulancias.asp>, acesso em 11 de setembro de 2016].

3.2.2 O controle externo das contas públicas pelos Tribunais de Contas

A Constituição Federal Brasileira também prevê o controle externo por meio do Tribunal de Contas da União (replicado em todos os Estados e nos municípios mais populosos, com os Tribunais de Contas Estaduais e Municipais), *entidade de fiscalização superior (EFS)* com missão precípua de apoiar o Poder Legislativo na emissão de parecer prévio das contas de governo e na consultoria e assessoria permanente ao Congresso Nacional acerca da execução orçamentária, dentre outras competências administrativas pormenorizadamente definidas no art. 71 da Constituição Federal.²⁷⁵

Objetivando assegurar e promover o cumprimento da *accountability* no setor público, incluindo-se o apoio e o estímulo às boas práticas de gestão, o Tribunal de Contas deverá exercer suas atividades de auditoria governamental de forma autônoma e independente dos entes auditados, livre de interferências política, financeira ou administrativa. Apesar de o trabalho de seu corpo técnico ser considerado uma referência na disseminação de boas práticas de auditoria, avaliação, governança e gestão da Administração Pública, o resultado final da atividade de controle externo, no Brasil, ainda está muito aquém da sua nobre missão constitucional. Como dois terços dos seus conselheiros são indicados por deputados e a Constituição é pouco exigente quanto à sua pré-qualificação (basta possuir vagos “notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, financeiros ou de administração pública”), esses importantes cargos acabam sendo loteados por ex-políticos, muitos deles, inclusive, condenados por ilícitos correlacionados à corrupção.

²⁷⁵ Art. 71 da Constituição Federal. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I – apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III – apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV – realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V – fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI – fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VII – prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII – aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI – representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Uma pesquisa publicada em 2016 pela Transparência Brasil, intitulada “Quem são os conselheiros dos Tribunais de Contas?”²⁷⁶, realizou um levantamento sobre a vida pregressa de todos os 233 conselheiros em exercício nas 34 cortes de contas brasileiras. Do total, 80% ocuparam, antes de sua nomeação, cargos eletivos ou de destaque na alta Administração Pública (como dirigente de autarquia ou secretário estadual, por exemplo); 23% sofrem processos ou receberam punição na Justiça ou nos próprios Tribunais de Contas; e 31% são parentes de outros políticos – em alguns casos, foram nomeados pelos próprios tios, primos ou irmãos governadores. Para completar, por determinação judicial, sete deles estão afastados das cortes em caráter preventivo, suspeitos de envolvimento em esquemas de corrupção.

O inciso I do § 2º do art. 73 e o art. 130, ambos da Constituição Federal Brasileira, ainda preveem a existência de um Ministério Público atuando junto aos Tribunais de Contas. Trata-se de um Ministério Público especial, com independência e estrutura própria, que atua exclusivamente junto às Cortes de Contas e, assim, exerce papel fundamental na concretização do controle externo dos atos do Poder Público. Compete ao Ministério Público de Contas, nessa condição, atuar como órgão interveniente no âmbito das Cortes de Contas, tutelando não apenas a supremacia do interesse público, mas também a moralidade e a eficiência da gestão pública por meio da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública.

Em Portugal, o Tribunal de Contas possui papel fundamental na relação entre o setor público (e a administração das finanças públicas em geral) e a prevenção e detecção da corrupção. De acordo com o n.º 1 do art. 214º da Constituição Portuguesa, o Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe, competindo-lhe, dentre outras competências, dar parecer sobre a Conta Geral do Estado, incluindo a da segurança social, e efetivar a responsabilidade por infracções financeiras, nos termos da lei. Além disso, o Tribunal de Contas, ao lado da Assembleia da República, também é responsável pela fiscalização da execução do orçamento e pela elaboração de parecer que orientará a Assembleia da República na apreciação e, se for o caso, aprovação da Conta Geral do Estado, incluindo a da segurança social (art. 107º da Constituição da República).

²⁷⁶ SAKAI/PAIVA, “Quem são os conselheiros dos Tribunais de Contas?”, Transparência Brasil, 2016 [disponível em <http://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/TBrasil%20-%20Tribunais%20de%20Contas%202016.pdf>, acesso em 20 de agosto de 2016].

Assim como ocorre no Brasil, no Tribunal de Contas português há uma representação do Ministério Público (art. 4.º, n.º 1, alínea “a”, do Estatuto do Ministério Público), o qual não apenas atua como representante do Estado, mas também como autoridade judiciária para a abertura de inquéritos-crime para fins de responsabilização criminal. Já a responsabilidade financeira, no âmbito do Tribunal de Contas, é individual e culposa, implica sempre responsabilidade sancionatória, com a imposição de multas²⁷⁷, e pode, concomitantemente, resultar em responsabilidade ressarcitória, quando, nos termos do art. 59º da LPTC (Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas – Lei n.º 98/97, de 26 de agosto), resulte um dano para o erário²⁷⁸.

Apesar de todas essas competências sancionatórias e do trabalho a nível preventivo, a eficácia do Tribunal de Contas no melhoramento da gestão pública portuguesa tem deixado muitas lacunas, tanto pelo não acatamento de suas recomendações, quer pela Administração Central, quer pela Administração Local, quanto em razão da adequada responsabilização dos gestores:

O controle exercido pelo Tribunal de Contas e demais inspecções do Estado respeita apenas ao processo das decisões e não ao conteúdo das mesmas. Na maior parte dos casos, limitam-se a verificar se foram cumpridos os procedimentos formais de um acto administrativo, não havendo a mesma preocupação quanto aos resultados e mérito da decisão política que está na base desse mesmo acto.²⁷⁹

De facto, a auditoria da boa gestão dos dinheiros públicos, tal como é praticada pelo Tribunal de Contas Europeu ou pelo *National Audit Office* do Reino Unido, continua a ser uma raridade nas atividades de auditoria do Tribunal de Contas. A maioria das auditorias é de mero cariz contabilístico e financeiro, não só por falta de vontade política e da magistratura deste tribunal em adotar na prática um novo tipo de auditoria, mas também pela falta de formação, tanto do pessoal de apoio (auditores) como dos juízes. [...] Não há,

²⁷⁷ Art. 65º da LPTC. Responsabilidades financeiras sancionatórias. 1 – O Tribunal de Contas pode aplicar multas nos casos seguintes: a) Pela não liquidação, cobrança ou entrega nos cofres do Estado das receitas devidas; b) Pela violação das normas sobre a elaboração e execução dos orçamentos, bem como da assunção, autorização ou pagamento de despesas públicas ou compromissos; c) Pela falta de efetivação ou retenção indevida dos descontos legalmente obrigatórios a efetuar ao pessoal; d) Pela violação de normas legais ou regulamentares relativas à gestão e controlo orçamental, de tesouraria e de património; e) Pelos adiantamentos por conta de pagamentos nos casos não expressamente previstos na lei; f) Pela utilização de empréstimos públicos em finalidade diversa da legalmente prevista, bem como pela ultrapassagem dos limites legais da capacidade de endividamento; g) Pela utilização indevida de fundos movimentados por operações de tesouraria para financiar despesas públicas; h) Pela execução de atos ou contratos que não tenham sido submetidos à fiscalização prévia quando a isso estavam legalmente sujeitos ou que tenham produzido efeitos em violação do artigo 45.º; i) Pela utilização de dinheiros ou outros valores públicos em finalidade diversa da legalmente prevista; j) Pelo não acatamento reiterado e injustificado das recomendações do Tribunal; l) Pela violação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública, bem como à admissão de pessoal; m) Pelo não acionamento dos mecanismos legais relativos ao exercício do direito de regresso, à efetivação de penalizações ou a restituições devidas ao erário público; n) Pela falta injustificada de prestação de contas ao Tribunal ou pela sua apresentação com deficiências tais que impossibilitem ou gravemente dificultem a sua verificação. [...] 6 – A aplicação de multas não prejudica a efetivação da responsabilidade pelas reposições devidas, se for caso disso.

²⁷⁸ Art. 59º da LPTC. Reposições por alcances, desvios e pagamentos indevidos. 1 – Nos casos de alcance, desvio de dinheiros ou valores públicos e ainda de pagamentos indevidos, pode o Tribunal de Contas condenar o responsável a repor as importâncias abrangidas pela infração, sem prejuízo de qualquer outro tipo de responsabilidade em que o mesmo possa incorrer. 2 – Existe alcance quando, independentemente da ação do agente nesse sentido, haja desaparecimento de dinheiros ou de outros valores do Estado ou de outras entidades públicas. 3 – Existe desvio de dinheiros ou valores públicos quando se verifique o seu desaparecimento por ação voluntária de qualquer agente público que a eles tenha acesso por causa do exercício das funções públicas que lhe estão cometidas. 4 – Consideram-se pagamentos indevidos para o efeito de reposição os pagamentos ilegais que causarem dano para o erário público, incluindo aqueles a que corresponda contraprestação efetiva que não seja adequada ou proporcional à prossecução das atribuições da entidade em causa ou aos usos normais de determinada atividade. 5 – Sempre que da violação de normas financeiras, incluindo no domínio da contratação pública, resultar para a entidade pública obrigação de indemnizar, o Tribunal pode condenar os responsáveis na reposição das quantias correspondentes. 6 – A reposição inclui os juros de mora sobre os respetivos montantes, nos termos previstos no Código Civil, contados desde a data da infração, ou, não sendo possível determiná-la, desde o último dia da respetiva gerência.

²⁷⁹ SOUSA, *op. cit.*, p. 55.

pois, um sancionamento da responsabilidade financeira, por exemplo, das situações em que se prova que existe que houve uma má gestão dos dinheiros públicos.²⁸⁰

É fundamental no trabalho dos tribunais de contas de qualquer país a busca pela excelência na realização das auditorias, pois são essas que servirão de suporte técnico para o julgamento das contas públicas. Para tanto, é fundamental a observância das Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI), as quais foram desenvolvidas pela Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI) para promover a realização de auditorias independentes e eficazes pelas entidades fiscalizadoras superiores (EFS).²⁸¹ As normas de nível 3 abrangem os princípios fundamentais aplicáveis a todos os trabalhos de auditoria do setor público (ISSAI 100), de auditoria financeira (ISSAI 200), de auditoria operacional (ISSAI 300) e de auditoria de compliance (ISSAI 400). Por isso, não há dúvida de que a realização de auditorias efetivas e imparciais pelos órgãos de controle externo são fundamentais para a integridade governamental:

O ambiente da auditoria do setor público é aquele no qual governos e outras entidades do setor público são responsáveis pelo uso de recursos provenientes de tributação e outras fontes, para a prestação de serviços aos cidadãos e outros beneficiários. Essas entidades devem prestar contas de sua gestão e desempenho, assim como do uso dos recursos, tanto para aqueles que proveem os recursos como para aqueles que dependem dos serviços prestados com a utilização de tais recursos, incluindo os cidadãos. A auditoria do setor público ajuda a criar condições apropriadas e a fortalecer a expectativa de que as entidades do setor público e os servidores públicos desempenharão suas atribuições de modo efetivo, eficiente, ético e em conformidade com as leis e os regulamentos aplicáveis.²⁸²

Normas e diretrizes profissionais, assim, são essenciais para a credibilidade, a qualidade e o profissionalismo da auditoria do setor público, pois, além de estabelecerem uma padronização internacional, fornecem as linhas-mestras a serem observadas pelo auditor a fim de prevenir riscos²⁸³, dar maior efetividade ao trabalho realizado e diminuir a margem de erro.

4 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E PELA SOCIEDADE CIVIL

4.1 O papel do Ministério Público no combate à corrupção

²⁸⁰ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, “Sistema Nacional de Integridade – Portugal”, *op. cit.*, p. 35.

²⁸¹ BRASIL, Tribunal de Contas da União, Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), *Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI) – Princípios Fundamentais de Auditoria (nível 3)*, Brasília, 2015 [disponível em http://www.intosai.org/fileadmin/downloads/downloads/4_documents/ISSAI_100_Portugues.pdf, acesso em 16 de outubro de 2016].

²⁸² *Id. ibidem*, p. 3.

²⁸³ “A INTOSAI aborda o tema gestão de riscos também no âmbito das diretrizes para padrões de controles internos no setor público, ressaltando a necessidade de identificação dos fatores que possam, porventura, interferir e prejudicar o cumprimento dos objetivos institucionais. Cabe às organizações governamentais, dessa forma, proceder à análise desses riscos e o estabelecimento de meios para evitar ou mitigar seus impactos, por intermédio de mecanismos de resposta que forneçam mais segurança quanto à realização das missões institucionais” (ALBERNAZ/GOMES, “Governança pública e controle”, in *Controladoria no setor público*, coord. A. C. BLIACHERIENE, et al., Belo Horizonte, Fórum, 2016, p. 120).

A luta contra a corrupção não deve depender da boa vontade ou da valentia de indivíduos, mas sim da existência de instituições e regras que desestimulem a corrupção, eliminem a impunidade e aumentem a transparência dos atos do governo.

Moisés Naím

O Ministério Público, em vários países do mundo, é a instituição tradicionalmente vocacionada para o combate à corrupção, eis que detém a titularidade do instrumento de persecução penal. É claro que, como já demonstrado, estratégias anticorrupção somente produzirão os efeitos desejados se houver a adequada integração dos diversos órgãos responsáveis por essa tarefa, mas, sem dúvida nenhuma, o Ministério Público, como força organizativa da sociedade, tem assumido um certo protagonismo no desempenho dessa função.

Isso deriva do fato de que, no Brasil, a Constituição Federal diz incumbir ao Ministério Público “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, bem como “zelar pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados” na Constituição e, ainda, “proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos²⁸⁴ e coletivos” (CF, arts. 127, *caput*, e 129, incisos II e III). Essas incumbências bem evidenciam a nítida conexão do Ministério Público com o regime democrático e republicano, ou seja, com o próprio Estado Democrático de Direito.²⁸⁵

O Estado Democrático de Direito, instituído no art. 1º da Constituição Brasileira, é fruto de uma conexão interna entre o princípio do Estado de Direito e o princípio democrático, o qual possui função dialética com os direitos fundamentais, até porque estes (direitos fundamentais) são elementos básicos para realização daquele (princípio democrático).²⁸⁶ Fica clara, assim, a existência de uma vinculação direta entre a defesa dos direitos fundamentais e a atuação do Ministério Público:

²⁸⁴ A doutrina brasileira amplamente consagra a tese de que a cogente observância dos delineamentos de uma conduta proba por parte dos agentes públicos se insere na categoria dos chamados direitos e interesses difusos, o que confere ao Ministério Público, por força de disposição constitucional, a missão prevenir e reprimir as práticas ímprobas e outros ilícitos a elas relacionados.

²⁸⁵ “Não se pode, pois, conceber um Estado Democrático de Direito sem uma instituição fortalecida, que possa realizar tal função e opor-se contra forças negativas da sociedade, neutralizando o poder econômico, quando contrário ou nocivo aos interesses sociais, e combatendo os mecanismos de repressão, quando espúrios ou violentadores dos direitos humanos. As sociedades pluralistas e abertas, bem como os governos representativos legitimados pela vontade do povo, não podem prescindir do fortalecimento do Ministério Público, a fim de que ele seja o mais poderoso instrumento da efetiva promoção da justiça social, visando ao bem comum” (JATAHY, *O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: perspectivas constitucionais de atuação institucional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, pp. 72-73).

²⁸⁶ Os direitos fundamentais funcionam como vínculos substanciais impostos à democracia política: “vínculos negativos, gerados pelos direitos de liberdade, que nenhuma maioria pode violar; vínculos positivos, gerados pelos direitos sociais, que nenhuma maioria pode deixar de satisfazer” (FERRAJOLI, “O direito como sistema de garantias”, Trad. Eduardo Maia Costa, in *O novo em direito e política*, org. J. A. OLIVEIRA Jr., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 98).

Não há dúvida que para garantir os direitos fundamentais, fim último da democracia e da ordem constitucional, obriga-se o Estado a criar garantias jurídicas e institucionais, instituídas contra os poderes e contra as maiorias, justamente o papel do *Parquet* nacional. Trata-se de órgão de fiscalização e controle, em benefício da ordem jurídica, da democracia e dos direitos fundamentais. É, pois, garantia constitucional do cidadão.²⁸⁷

Se a atividade ministerial guarda conexão com a defesa dos direitos fundamentais e se o Ministério Público, inegavelmente, vem tomando a frente na adoção de medidas anticorrupção, reforça-se ainda mais o acerto da tese de Matthew Murray e Andrew Spalding, já dissecada no Capítulo I deste trabalho (Item 2.3.2), no sentido de que o direito de viver em um ambiente livre de corrupção deve figurar entre os direitos fundamentais.

Para o bom desempenho dessa função, o Ministério Público Brasileiro, no âmbito jurisdicional, tem à sua disposição duas poderosas ferramentas: a titularidade da ação penal pública (inciso I do art. 129 da CF), para buscar a responsabilização criminal, e a legitimação para propositura de ações coletivas (inciso III do art. 129 da CF)²⁸⁸, inclusive aquelas de caráter repressivo, seja para buscar a responsabilização pelos ilícitos da previstos na Lei n.º 8.429/92 ou por aqueles relacionados na Lei n.º 12.846/2013. Por possuir à sua disposição essas importantes ferramentas e, também, por ter garantida na ordem constitucional a independência funcional dentre seus princípios institucionais (§ 1º do art. 127), muito autores estabelecem uma aproximação entre as funções do membro do Ministério Público Brasileiro e as atribuições do *ombudsman* sueco²⁸⁹.

Na seara criminal, o Ministério Público pode requisitar quaisquer diligências junto à Polícia Judiciária durante a tramitação dos inquéritos policiais, mas estes, de acordo com o Código de Processo Penal brasileiro²⁹⁰, ficam sob presidência e responsabilidade da autoridade policial. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, já reconheceu o poder investigatório do Ministério Público²⁹¹ e, por isso, o Conselho Nacional do Ministério Público,

²⁸⁷ RITT, *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 160.

²⁸⁸ Art. 129 da Constituição Federal. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...] III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...].

²⁸⁹ JATAHY, *Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público*, Rio de Janeiro, Roma Victor, 2004, p. 103.

²⁹⁰ Art. 4º CPP Brasileiro. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Art. 5º CPP Brasileiro. Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I – de ofício; II – mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

²⁹¹ [...] Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os

pela Resolução n.º 13, de 2 de outubro de 2006, disciplinou a instauração e tramitação do “procedimento investigatório criminal – PIC”²⁹², o qual é considerado um instrumento de natureza administrativa e inquisitorial, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, que tem por finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de natureza pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal (art. 1º, *caput*, da Resolução n.º 13/2006).

Para investigar os ilícitos de natureza não-penal, o Ministério Público Brasileiro tem à sua disposição o inquérito civil, previsto no artigo 8º, § 1º, da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985²⁹³, e disciplinado pela Resolução n.º 23, de 17 de setembro de 2007, do Conselho Nacional do Ministério Público²⁹⁴. É pela utilização desse instrumento que o *Parquet* avança, no Brasil, com as investigações que têm por objeto atos de improbidade administrativa e também atos lesivos contra a Administração Pública nacional e estrangeira da Lei n.º 12.846/2013.

Seja na condução de investigações de natureza criminal ou cível, quaisquer medidas excepcionais, como interceptações telefônicas e quebras de sigilo bancário ou fiscal, ficam sempre na dependência de autorização judicial, não detendo o Ministério Público poder de determiná-las diretamente, o que, muitas vezes, representa grande embaraço às apurações.

O Ministério Público ainda detém a função de fiscalizar a atividade das autoridades administrativas competentes para instaurar investigação destinada a apurar infrações disciplinares correlacionadas a atos de improbidade, pois, se esta eventualmente rejeitar uma representação a esse respeito, o interessado poderá acionar o órgão ministerial para a tomada das providências cabíveis²⁹⁵. Além disso, o art. 15 da Lei de Defesa da Probidade Administrativa determina que a comissão processante de qualquer processo administrativo

incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição” (BRASIL, STF, Tribunal Pleno, RE N.º 593.727, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Rel. p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, julgado em 14/05/2015, DJe publicado em 08/09/2015).

²⁹² BRASIL, Resolução n.º 13, de 2 de outubro de 2006 (Regulamenta o art. 8º da Lei Complementar 75/93 e o art. 26 da Lei n.º 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal, e dá outras providências) [disponível em http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolucao_n%C2%BA_13_alterada_pela_Res._111-2014.pdf, acesso em 26 de setembro de 2016].

²⁹³ Art. 8º, § 1º, da Lei n.º 7.347/85. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

²⁹⁴ BRASIL, Resolução n.º 23, de 17 de setembro de 2007 (Regulamenta os artigos 6º, inciso VII, e 7º, inciso I, da Lei Complementar n.º 75/93 e os artigos 25, inciso IV, e 26, inciso I, da Lei n.º 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do inquérito civil) [disponível em http://www.cnmp.gov.br/portal/images/stories/CNMPHistoria/resolucao_23_alterada_pela_59_10.pdf, acesso em 26 de setembro de 2016].

²⁹⁵ Art. 14 da Lei n.º 8.429/92. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade. § 1º A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterá a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento. § 2º A autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado, se esta não contiver as formalidades estabelecidas no § 1º deste artigo. A rejeição não impede a representação ao Ministério Público, nos termos do art. 22 desta lei.

disciplinar deverá sempre cientificar o Ministério Público (e também as Cortes de Contas) acerca da existência de processo instaurado para apurar infrações disciplinares que guardem subsunção com atos de improbidade administrativa. Há previsão legal, inclusive, para o Ministério Público designar representante para acompanhar o PAD em questão, ocasião em que o *Parquet* atuaria como uma espécie de *custos iuris*.

Outro ato normativo interno do Conselho Nacional do Ministério Público – a Recomendação n.º 42, de 23 de agosto de 2016²⁹⁶ – sugere a criação de estruturas especializadas no Ministério Público para a otimização do *enfrentamento preventivo e repressivo à corrupção*, tanto no âmbito extrajudicial como judicial, e no exercício de atribuições cíveis e criminais.

A atuação preventiva do Ministério Público no combate à corrupção, de acordo com a Recomendação, deve levar em conta uma série de diretrizes, tais como a articulação e interação com os órgãos de investigação e controle para intercâmbio de informações e boas práticas através de uma rede de comunicação contínua; o estabelecimento de ações coordenadas entre os órgãos de execução; a indução de políticas públicas que visem à promoção da boa governança nos setores público e privado; a promoção da eficiência da transparência ativa e passiva; o fortalecimento e ampliação de ações de controle social, a partir da experiência de entidades públicas e de movimentos sociais; o fortalecimento e implementação de projetos para a formação de uma sociedade ética por meio da educação cidadã mediante parcerias com setores público e privado, com capacitação específica de membros, servidores e estagiários para atuarem diretamente na capacitação dos projetos com diretores, professores e alunos da rede pública e privada do ensino infantil à universidade; o desenvolvimento de campanhas educativas de propagação de comportamento ético para todas as idades, de conscientização quanto aos danos sociais e individuais causados pela corrupção, de apoio público para medidas contra a corrupção, de incentivo para a apresentação de notícias e denúncias relativas à corrupção e de condenação, nas esferas pública e privada, a esse tipo de prática, voltados a estabelecer uma cultura de intolerância à corrupção a serem veiculados em rádio, cinema e mídias sociais; o desenvolvimento de projetos em que os membros e servidores, em ações de campo que permitam contato pessoal, possam conscientizar e empoderar a população quanto ao seu papel fundamental na concretização de uma sociedade ética mediante posturas individuais, coletivas e sociais, sugerindo, inclusive, ações concretas que efetivam a prevenção

²⁹⁶ Publicada no Diário do Conselho Nacional do Ministério Público de 5 de setembro de 2016.

da corrupção por meio da educação e do controle social, com as auditorias cívicas, como conferências, seminários, feiras, eventos de rua, visitas a escolas e universidades, dentre outras.

No tocante à atuação repressiva, o mesmo ato normativo determina a criação pelos ramos do Ministério Público da União e dos Estados de grupos de apoio especializados no combate à corrupção para a condução de procedimentos investigatórios criminais e civis, para o acompanhamento de inquéritos, e para officiar nas representações, nas medidas cautelares, nas ações penais e cíveis, exercendo suas atividades nas respectivas unidades federativas, em todas as fases da persecução. Sugere, inclusive, que essa especialização na atuação no combate à corrupção deverá ser estendida, sempre que possível, aos órgãos de execução do Ministério Público que atuam perante os Tribunais.

A Recomendação propõe, por fim, que os ramos dos Ministérios Públicos elaborem e implementem plano de aparelhamento técnico e humano capaz de dar suporte às atividades necessárias à realização das atividades ali indicadas, notadamente para desenvolver trabalhos periciais e multidisciplinares, análises e cruzamentos de informações – inclusive bancárias e fiscais –, adotar ferramentas de *big data* e para acessar banco de dados para a realização de levantamentos e subsidiar medidas de bloqueio patrimonial que garantam o ressarcimento dos danos causados ao patrimônio público.

É claro que o Ministério Público Brasileiro muito ainda tem a evoluir, principalmente no que toca ao sistema de escolha de seus representantes máximos. Isso porque, seja no Ministério Público da União ou no Ministério Público do Estados, o Procurador-Geral é escolhido pelo chefe do Poder Executivo (Presidente da República ou Governador do Estado)²⁹⁷, o que pode fazer com que as relações de poder, durante o exercício das funções de comando ministerial²⁹⁸, não se voltem, em algumas situações, exclusivamente para a verdadeira missão institucional, qual seja, a defesa do *interesse público primário*²⁹⁹. Além disso, apesar de possuir autonomia

²⁹⁷ Art. 128 CF. [...] § 1º O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução. [...] § 3º Os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

²⁹⁸ “Ressalvadas as máculas da instituição, especialmente decorrentes da ligação que pode haver entre o procurador-geral de Justiça ou o procurador-geral da República e os governantes, até mesmo pelo nada saudável processo político de investidura daqueles, a Constituição confere hoje elevado status ao Ministério Público, e suas garantias têm concorrido para assegurar maior independência no exercício de suas atribuições” (MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 288).

²⁹⁹ “Uma vez reconhecido que os interesses públicos correspondem à dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, que consistem no plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto incluído o depósito intertemporal destes mesmos interesses, põe-se a nu a circunstância de que não existe coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de Direito Público. [...] Esta distinção a que se acaba de aludir, entre interesses públicos propriamente ditos – isto é, *interesses primários* do Estado – e *interesses secundários* (que são os últimos a que se aludiu), é de trânsito corrente e moente na doutrina italiana, e a um ponto tal que, hoje, poucos doutrinadores daquele país se ocupam em explicá-los, limitando-se a fazer-lhes menção, como referência a algo óbvio, de conhecimento geral. Este discrímen, contudo, é exposto com exemplar clareza por Renato Alessi, colacionando

administrativa, o Ministério Público depende do Poder Legislativo para aprovação de sua proposta orçamentária anual e também para a abertura de créditos orçamentários suplementares ou especiais, o que cria uma relação de interdependência que sempre dificulta as investigações de corrupção com o envolvimento de parlamentares.³⁰⁰

Diferentemente do que ocorre no Brasil, o Ministério Público Português é parte integrante do Poder Judiciário daquele país, conforme previsão constante do n.º 4 do art. 219º da Constituição Portuguesa³⁰¹. A partir da previsão constitucional, os Magistrados do Ministério Público exercem funções múltiplas: desde a ação penal até à defesa dos hipossuficientes, passando pela defesa da constitucionalidade, da legalidade e dos interesses difusos.

Distingue-se, todavia, do Ministério Público Brasileiro na medida em que se organiza por critério de subordinação hierárquica. Isso porque, de acordo com o n.º 2 do art. 2º do Estatuto do Ministério Público (Lei n.º 47, de 15 de outubro de 1986), “[a] autonomia do Ministério Público caracteriza-se pela sua vinculação a critérios de legalidade e objectividade e pela exclusiva sujeição dos magistrados do Ministério Público às directivas, ordens e instruções previstas nesta lei” e, de acordo com o n.º 3 do art. 76 do mesmo Estatuto, “[a] hierarquia consiste na subordinação dos magistrados aos de grau superior, nos termos da presente lei, e na consequente obrigação de acatamento por aqueles das directivas, ordens e instruções recebidas, sem prejuízo do disposto nos Artigos 79º e 80º”. A esse respeito explica Eduardo Maia Costa:

Os poderes diretivos têm, no entanto, como importante limite, conforme anteriormente assinalado, o dever de recusa do cumprimento de ordens ilegais e o direito de objeção de consciência, nos casos de grave violação da consciência jurídica. Esse último limite, sobretudo, estabelece um contraste decisivo entre a hierarquia do Ministério Público e a hierarquia administrativa.³⁰²

Além da tradicional atribuição para o exercício da ação penal, o Código de Processo Penal português, consagrando um processo essencialmente acusatório, atribuiu ao Ministério Público a direção e a titularidade do inquérito criminal, ficando os órgãos de polícia criminal, nessa

lições de Carnelutti e Picardi, ao elucidar que os interesses secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os *interesses primários*, isto é, com os *interesses públicos propriamente ditos*” (BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, pp. 66-67).

³⁰⁰ Art. 127 CF. [...] § 3º. O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias. [...] § 6º. Durante a execução orçamentária do exercício, não poderá haver a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais.

³⁰¹ Art. 219ª da Constituição de Portugal. 1. Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática. [...] 4. Os agentes do Ministério Público são magistrados responsáveis, hierarquicamente subordinados, e não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei.

³⁰² MAIA COSTA, “Ministério Público em Portugal”, in *Ministério Público II: Democracia*, coord. J. M. M. VIGLIAR/J. M. M. MACEDO Jr./R. PORTO, São Paulo, Atlas, 1999, p. 48.

fase, sob sua dependência funcional.³⁰³ Nos termos do art. 264º, n.º 1, do CPP português, é competente para a realização do inquérito o Ministério Público que exercer funções no local em que o crime tiver sido cometido. Por outro lado, relativamente aos crimes de *corrupção*, *peculato* e *participação económica em negócio*, a coordenação da direcção da investigação, a nível nacional, compete ao Departamento Central de Investigação e Ação Penal (DCIAP), nos termos do art. 47º, n.º 1, alínea “f”, do Estatuto do Ministério Público.³⁰⁴

O art. 47º, n.º 3, do Estatuto do Ministério Público e a Circular da PGR n.º 2/2011 atribuem competência ao DCIAP para a direcção do Inquérito e exercício da ação penal: (a) relativamente aos crimes de corrupção “quando a atividade criminosa ocorrer em comarcas pertencentes a diferentes distritos judiciais”; (b) relativamente aos crimes de corrupção de manifesta gravidade, especial complexidade ou dispersão territorial da atividade criminosa que justifique a direcção concentrada da investigação; (c) relativamente aos crimes de corrupção previstos na Convenção da OCDE de 1997 e puníveis nos termos do art. 7º da Lei n.º 20/2008, de 21 de abril, quando forem imputáveis a funcionários ou titulares de cargos políticos estrangeiros ou a funcionários de organização internacional (Circular da PGR n.º 2/2011).

A Lei n.º 5/2002 estabeleceu um regime especial de recolha de prova, quebra do segredo profissional e perda de bens a favor do Estado relativa aos crimes de corrupção ativa e passiva. Assim, durante uma investigação de um crime de corrupção, o Ministério Público, na fase de inquérito criminal, poderá determinar: (a) a quebra do sigilo bancário (art. 2º); (b) o regime de controle de contas bancárias e de suspensão de movimentos (art. 4º); (c) o registro de voz e imagem sem consentimento do investigado (art. 6º). A mesma lei ainda prevê, em seu art. 7º, um regime de perda ampliada de bens, que deve ser especialmente ponderado como meio de combate a esta criminalidade.

4.2 A Lei Federal n.º 8.429/92 (Lei de Defesa da Probidade Administrativa) como principal instrumento de controle da Administração Pública pelo Ministério Público

O legislador constituinte brasileiro, em 1988, preocupou-se em regular os atos de improbidade administrativa no § 4º do art. 37 da Carta Magna, dispositivo fundamental para delinear toda a

³⁰³ Art. 263º do Código de Processo Penal português. Direcção do inquérito. 1 – A direcção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal. 2 - Para efeito do disposto no número anterior, os órgãos de polícia criminal actuam sob a directa orientação do Ministério Público e na sua dependência funcional.

³⁰⁴ Também a Lei n.º 36/94, de 29 de setembro (alterada pela Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro), que trata de medidas de combate à corrupção e à criminalidade económica e financeira, prevê que compete ao Ministério Público e à Polícia Judiciária, através da Direcção Central para o Combate à Corrupção, Fraudes e Infracções Económicas e Financeiras, realizar, sem prejuízo da competência de outras autoridades, ações de prevenção relativas aos crimes de *corrupção*, *peculato* e *participação económica em negócio* (art. 1.º, n.º 1, “a”).

produção legislativa infraconstitucional que viria a partir dali. Um ano depois, na primeira eleição direta para Chefe do Poder Executivo, Fernando Collor é eleito presidente da República do Brasil com 35 milhões de votos. Seu mandato, entretanto, foi marcado por uma série de denúncias de corrupção, que o levaram a renunciar em 29 de dezembro de 1992.

Nesse contexto histórico, diante de imensa pressão da opinião pública, foi promulgada a Lei de Defesa da Probidade Administrativa – Lei Federal n.º 8.429, de 2 de junho de 1992. Trata-se de um dos mais eficazes instrumentos de combate à corrupção no Brasil, exatamente porque, diante de sua natureza não penal – extraída da dicção do próprio § 4º do art. 37 da Constituição Federal³⁰⁵ –, o processo e respectivo julgamento não seguem as regras do denominado “foro por prerrogativa de função”, previsto constitucionalmente para ocupantes de determinados cargos públicos que somente podem ser processados e julgados criminalmente pelos tribunais superiores³⁰⁶.

Assim, a partir de 1992, funcionários públicos e autoridades de todo o país passaram a ter seus atos e suas gestões investigadas pelo Ministério Público, que recebeu do legislador do constituinte, dentre outras, a missão de tutelar o patrimônio público³⁰⁷. Isso fez com que muitos agentes públicos tivessem sua credibilidade abalada por responderem a processos dessa natureza e antigos “esquemas” utilizados para desviar recursos dos cofres públicos fossem eliminados. Ao mesmo tempo, políticos enraizados a práticas clientelistas, patriarcais e assistencialistas, ou até mesmo financiados para defender interesses de determinados grupos, se voltaram contra Lei n.º 8.429/92, propondo modificações.

O primeiro ataque mais direto à Lei de Defesa da Probidade Administrativa ocorreu em dezembro de 2000, com a edição da Medida Provisória n.º 2.088-35³⁰⁸. Por uma ação forte da

³⁰⁵ Art. 37, § 4º, da Constituição Federal Brasileira. “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. O dispositivo deixa claro, em sua parte final, que os atos de improbidade administrativa não possuem natureza penal, podendo uma mesma conduta ilícita, assim, caracterizar-se como “crime” e, também, como “ato de improbidade administrativa”, respondendo o agente a dois processos diferentes.

³⁰⁶ Esse entendimento, após longa discussão na doutrina e na jurisprudência, já se encontra devidamente consolidado no âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro: AGRADO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE PRERROGATIVA DE FORO EM AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA DO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. AFRONTA À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA POR ESTA CORTE NA ADI 2.797/DF NÃO CONFIGURADA. Sedimentou-se, nesta Corte Suprema, o entendimento de que competente o primeiro grau de jurisdição para julgamento das ações de improbidade administrativa contra agentes políticos, ocupantes de cargos públicos ou detentores de mandato eletivo, independentemente de estarem, ou não, em atividade. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido (STF, Rcl n.º 14954 AgR, Rel. Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15 de março de 2016, publicado em 15 de abril de 2016).

³⁰⁷ Art. 129, inciso III, da Constituição Federal Brasileira.

³⁰⁸ Essa medida provisória criou mais uma modalidade de ato de improbidade administrativa, que estaria prevista no inciso VIII do art. 11 da Lei n.º 8.429/92: Art. 11. [...] VIII – instaurar temerariamente inquérito policial ou procedimento administrativo ou propor ação de natureza civil, criminal ou de improbidade, atribuindo a outrem fato de que o sabe inocente. A mesma medida provisória ainda alterava o procedimento da ação por ato de improbidade administrativa, prevendo o seguinte: Art. 17. [...] § 10. O réu poderá, em reconvenção, no prazo da contestação, ou em ação autônoma, suscitar a improbidade do agente público proponente da ação configurada nos termos do art. 11, incisos I e VIII, desta Lei, para a aplicação das penalidades cabíveis. § 11. Quando a imputação for manifestamente improcedente, o juiz ou o tribunal condenará nos

CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público –, com apoio da imprensa e da opinião pública, alguns acréscimos acabaram sendo eliminados nas reedições sucessivas da mesma Medida Provisória. Entretanto, em razão de outra Medida Provisória – a de n.º 2.225-45, de 2001 –, e também da Emenda Constitucional n.º 32/2001, acabou sendo incorporado ao procedimento da ação por ato de improbidade administrativa o chamado *juízo de prelibação*³⁰⁹.

O segundo ataque à Lei de Improbidade Administrativa envolveu o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn n.º 2182), proposta pelo extinto Partido Trabalhista Nacional, ainda em tramitação no Supremo Tribunal Federal. O partido requerente sustenta, em síntese, que a norma atacada “não resultou de um trabalho bicameral, ofendendo, assim, o artigo 65 da Constituição Federal”. Alega que a Câmara dos Deputados não poderia ter encaminhado à sanção presidencial o projeto substitutivo apresentado pelo Senado Federal, em razão de supostas alterações substanciais que teriam sido introduzidas naquela Casa, então revisora. Nessa linha, afirma que a Câmara dos Deputados teria elaborado “uma terceira e nova redação para o projeto de lei destinado a regular os atos de improbidade”, a qual não teria sido examinada pelo Senado Federal.

Outro ataque veio com a edição da Lei n.º 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acrescentou os parágrafos primeiro e segundo do art. 84 do Código de Processo Penal³¹⁰ para conferir foro por prerrogativa de função aos agentes políticos demandados por ato de improbidade administrativa. Seguramente, ao que se deixa transparecer, o intuito era o de se alcançar a impunidade, vez que os ilícitos praticados por esses agentes não poderiam mais ser investigados pelo Ministério Público com a mesma eficiência, nem tampouco poderiam os respectivos processos serem julgados com celeridade pelos Tribunais, que não estão devidamente estruturados para realizar instruções processuais por vezes bastante complexas. Entretanto, ao julgar a ADIn n.º 2797, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade daquela norma infraconstitucional e eliminou a previsão de foro privilegiado nas ações por ato

mesmos autos, a pedido do réu, o agente público proponente da ação a pagar-lhe multa não superior ao valor de R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais), sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.

³⁰⁹ O *juízo de prelibação* envolve uma análise de admissibilidade de ação por ato de improbidade administrativa, que diz respeito tanto aos seus aspectos formais como materiais, eis que a inicial já deve trazer um lastro probatório suficientemente robusto para efeito de caracterização de qualquer dos ilícitos previstos na Lei n.º 8.429/92.

³¹⁰ Art. 84 do CPP. [...]

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

de improbidade administrativa, sob o argumento de que isso somente poderia ocorrer por emenda à Constituição.

Veio, em sequência imediata, o ataque legislativo que ainda preocupa: a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n.º 358 de 2005 (2ª parte da “Reforma do Judiciário”), que prevê foro privilegiado por prerrogativa de função em atos de improbidade administrativa, alterando-se a Constituição Federal.

A Lei n.º 8.429/92 classifica em três espécies as condutas ilícitas que podem caracterizar improbidade administrativa³¹¹: os atos que geram enriquecimento ilícito (art. 9º), os que causam prejuízo ao erário (art. 10) e os que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11). O *caput* de cada um desses artigos faz uma descrição geral das condutas ilícitas e, ao final, utiliza a expressão “e notadamente”³¹², exatamente para deixar claro que não há a dependência de enquadramento nos respectivos incisos para que ocorra a caracterização de improbidade administrativa, os quais trazem uma listagem meramente exemplificativa das ações e/ou omissões que podem importar em atos dessa natureza. Isso faz com que o rol dos atos de improbidade administrativa possa ser constantemente atualizado pela entrada em vigor de leis supervenientes, como ocorreu na Lei de Conflito de Interesses (art. 12) e no Estatuto da Cidade (art. 52).

Os atos de improbidade do art. 9º da Lei n.º 8.429/92 caracterizam-se pelo *recebimento* de qualquer tipo de *vantagem patrimonial indevida* em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º da lei.³¹³ Nesse particular, o ilícito de natureza não penal do art. 9º da Lei n.º 8.429/92 se diferencia bastante do crime de *corrupção passiva* (art. 317 do Código Penal), eis que, enquanto o primeiro exige o “recebimento de vantagem patrimonial indevida” para sua consumação, o segundo se contenta com a simples “solicitação de vantagem indevida”. Assim, estará consumado o crime de corrupção passiva – mas não o ato de improbidade do art. 9º da Lei de Defesa da Probidade

³¹¹ Os atos de improbidade não se confundem com os crimes de responsabilidade. Nas palavras de Fábio Medina Osório, “[a] improbidade não se esgota, diante desse histórico, nos tipos de crimes de responsabilidade, no tocante aos agentes políticos. Entendemos que a improbidade do art. 37, § 4º, não se confunde nem é eliminada por aquela contemplada no art. 85, V, ambas da Magna Carta. Não é o mesmo falar de improbidade no marco da Lei 1.079/50, a raiz do que prevê o art. 85, V, da CF, que falar da enfermidade prevista no art. 37, § 4º, da CF. E isso porque a Constituição Federal previu que a improbidade ali desenhada não é um ilícito penal, sendo distintas e peculiares as consequências previstas. A independência das instâncias é um postulado que deve ser observado no tratamento dessa matéria” (OSÓRIO, *Teoria da improbidade administrativa – má gestão pública – corrupção – ineficiência*, op cit., p. 207).

³¹² “De qualquer modo, a LGIA fez uma aparente opção pelo direito punitivo baseado em princípios, termos indeterminados e cláusulas gerais, fundamentando-se numa racionalidade legislativa peculiar aos tempos atuais, tempos de pós-positivismo, com delegação de poderes e espaços aos operados jurídicos” (*id.*, *ibidem*, p. 323).

³¹³ Art. 9º, *caput*, da Lei n.º 8.429/92. Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...].

Administrativa –, se o agente público solicita, mas não recebe, uma vantagem patrimonial indevida, ou se solicita e recebe uma vantagem indevida de natureza não patrimonial (favores sexuais, por exemplo).³¹⁴ Aqui vale observar que, para efeito de caracterização do ato de improbidade administrativa, não há nenhuma diferença entre *solicitar* ou *exigir* e, posteriormente, receber a vantagem patrimonial indevida para si próprio ou para terceiros, apesar de, no âmbito penal, o ato de *exigir* ser tipificado como *concussão*³¹⁵, delito até mais grave do que a corrupção passiva, embora previsto no Código Penal Brasileiro com pena máxima menor.

As condutas previstas no art. 9º da Lei n.º 8.429/92 são classificadas como *atos de improbidade formais*, pois é plenamente possível que a ilicitude ocorra ainda que desacompanhada dos resultados materiais “dano ao patrimônio público” ou, até mesmo, “enriquecimento ilícito do funcionário público ou de terceiros”. A primeira hipótese – *ato de improbidade do art. 9º com inexistência de prejuízo para o patrimônio público* – decorre da possibilidade de a vantagem indevida ser paga ao agente público com recursos exclusivamente particulares. É o caso, por exemplo, do jurado que recebe vantagem patrimonial do acusado para absolvê-lo no julgamento de um crime doloso contra a vida no plenário do júri (inciso I do art. 9º) ou do agente policial que recebe suborno para liberar o condutor de veículo automotor em uma blitz de trânsito. A outra hipótese – *ato de improbidade do art. 9º sem que haja enriquecimento ilícito do agente público ou de terceiros* – é mais complexa, pois o *caput* do mencionado artigo utiliza o verbo “auferir”, que significa que a conduta em questão deveria, *a priori*, gerar lucro ou proveito econômico para o próprio agente público envolvido na dinâmica dos fatos ou para terceiros. A consumação do ato ilícito previsto no art. 9º da Lei de Defesa da Probidade Administrativa, entretanto, contenta-se apenas com a prova do recebimento da vantagem patrimonial indevida, dispensando a comprovação de que houve de fato o enriquecimento ilícito, até porque uma eventual imposição de demonstração nesse sentido criaria um problema praticamente insuperável no campo probatório, pois, muitas vezes, a vantagem ilícita obtida não produz um enriquecimento concreto ou aparente, inviabilizando a produção de provas. Pouco importa, por exemplo, se os valores referentes à vantagem patrimonial solicitada foram instantaneamente bloqueados ao serem depositados pelo particular interessado na conta bancária do agente ímprobo ou do terceiro beneficiário, impedindo-lhes o acesso e a respectiva fruição.

³¹⁴ Isso não significa, entretanto, que o agente público sairá impune à luz da Lei de Defesa da Probidade Administrativa. Diante de inexistência de dano ao patrimônio público, a hipótese também não comportaria enquadramento no inciso XII do art. 10 da Lei n.º 8.429/92 (“permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente”), mas restaria caracterizado o ato de improbidade do art. 11 da Lei de Defesa da Probidade Administrativa, a mais branda de todas as categorias de atos de improbidade, a partir de uma interpretação dos conceitos abertos constantes do *caput* desse artigo (honestidade e lealdade às instituições).

³¹⁵ Art. 316 do Código Penal Brasileiro. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida: Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa.

Já no art. 10 da Lei n.º 8.429/92 – o único que admite, além da modalidade dolosa, também a culposa³¹⁶ –, a conduta descrita no *caput* exige a ocorrência de “perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º da lei”, ou seja, o resultado *dano ao patrimônio público* deve estar necessariamente correlacionado à conduta³¹⁷. Aliás, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, nesta espécie delitiva, a caracterização de lesão ao patrimônio público exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido³¹⁸. As hipóteses exemplificativas dos incisos caracterizam, pois, “atos de improbidade administrativa materiais”, já que descrevem ações que devem estar atreladas a um resultado – que não pode ser presumido – para que a hipótese reste caracterizada.

Há, além disso, situações em que o bem jurídico tutelado tem caráter exclusivamente imaterial e, por isso, há condutas que, apesar de explicitamente ímprobas, não importam nem em dano ao patrimônio público ou em recebimento de vantagem indevida. Basta imaginar um caso de dispensa ilegal do processo licitatório, mas cuja contratação de determinada empresa atendeu aos preços praticados no mercado; ou de agente público que solicita propina para praticar determinado ato de ofício e, depois de praticá-lo, não recebe o respectivo pagamento.

Isso força conclusão em torno da existência de *atos de improbidade administrativa de mera conduta*, ou seja, de atos de improbidade que estarão caracterizados no momento em que a conduta é praticada, independentemente de haver enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou até mesmo alteração no mundo físico que contrarie o interesse público³¹⁹. Em outras palavras: tais ilícitos consumam-se a partir da presunção legal de ocorrência de efetivo prejuízo para a sociedade³²⁰. Assim, por exemplo, por violação do princípio da impessoalidade, estará caracterizado o ato de improbidade administrativa se o agente viola a vedação de nepotismo e

³¹⁶ “Nesse andar, de forma próxima – ressalvadas, obviamente, as muitas peculiaridades inerentes a cada ramo – ao que acontece no Direito Penal, de nada vale a visualização dos elementos objetivos do ato de improbidade administrativa caso ausente o elemento subjetivo reclamado por lei, com o auxílio da doutrina e jurisprudência dominantes. Vale dizer: um ato pode ser formalmente ímprobo, mas não restar caracterizada a presença do elemento subjetivo do respectivo ato de improbidade administrativa. Nesse caso, não estaremos diante de um ato de improbidade administrativa, mas, talvez, de uma falta funcional, cujas censuras são diversas das presentes na LIA” (OLIVEIRA, A tormentosa abordagem do elemento subjetivo nos atos de improbidade administrativa, in *Estudos sobre improbidade administrativa – em homenagem ao Professor J. J. Calmon de Passos*, 2ª ed., Salvador, Editora JusPodivm, 2012, p. 105).

³¹⁷ Art. 10, *caput*, da Lei n.º 8.429/92. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...].

³¹⁸ Brasil, Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 939.118/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 1º/3/2011.

³¹⁹ Art. 11, *caput*, da Lei n.º 8.429/92. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...].

³²⁰ “Pode-se chamar, apesar da reserva antes referida, de má gestão pública desonesta, por infração puramente normativa, a patologia definida no art. 11 da LGIA. Quer-se dizer que basta a violação às normas, a mera conduta transgressora, sem reflexos materiais, para consubstanciar o ilícito típico. A violação às normas constitui a base da improbidade, é sempre o primeiro pressuposto, necessário e, nesse caso, ao efeito de encaixe no dispositivo em exame, suficiente para sua perfectibilização, se consideramos os demais fatores já mencionados” (OSÓRIO, *Teoria da improbidade administrativa – má gestão pública – corrupção – ineficiência*, op. cit., p. 274).

contrata um parente para ocupar cargo público, ainda que ele seja altamente qualificado e comprometido com a função exercida.

Os ilícitos previstos no art. 11 da Lei n.º 8.429/92, considerados os menos graves da lei de regência, são considerados como verdadeiros *soldados de reserva*: o enquadramento na hipótese somente ocorrerá se, por ausência de tipicidade, não houver a possibilidade de aplicação dos arts. 9º e 10 da Lei de Defesa da Probidade Administrativa. Assim, em respeito ao *princípio da tipicidade*³²¹, se o agente público solicita e recebe vantagem de natureza *não patrimonial*, como uma promoção na carreira ou favores sexuais, em troca de uma ação ou omissão vinculada ao cargo que ocupa, estará enquadrado não na hipótese do art. 9º, mas sim no art. 11 da Lei n.º 8.429/92, apesar de responder pela prática do crime de corrupção passiva (art. 317 do Código Penal). Pode ocorrer, também, o ilícito do art. 11 na Lei de Defesa da Probidade Administrativa não guardar vinculação com qualquer tipo de vantagem, como acontece na inércia proposital em relação aos procedimentos investigatórios de determinado crime com o propósito específico de alcançar a prescrição e, assim, beneficiar o investigado, pessoa do relacionamento pessoal do investigador.

As sanções aplicáveis estão previstas nos incisos I, II e III do art. 12 da Lei n.º 8.429/92: a) perda dos bens ou importâncias acrescidos ilicitamente ao patrimônio; b) perda da função pública; c) suspensão dos direitos políticos, oscilando entre três a dez anos, dependendo do tipo de ilícito; d) pagamento de multa civil de até três vezes a importância do acréscimo ilícito ou duas vezes ou valor do dano, ou até cem vezes o valor da remuneração obtida pelo agente, consoante se trate de um ou outro bloco normativo sancionador; e) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, inclusive por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário por prazo que varia entre três e dez anos, conforme a espécie delitiva.

As sanções da *perda da função pública* e da *suspensão dos direitos políticos*, entretanto, para que pudessem produzir efeitos, sempre dependeram do trânsito em julgado da sentença condenatória em razão de previsão expressa constante do *caput* do art. 20 da mesma

³²¹ “Pode-se dizer, nesse passo, que o princípio da tipicidade das infrações administrativas, além de encontrar ressonância direta ou indireta nesse substancial conjunto de direito fundamentais, decorre, ainda, genericamente, do princípio da legalidade fundamentadora do Estado de Direito, vale dizer, da garantia de que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’ (art. 5º, II, CF/88). Some-se a isso o fato de que a Administração Pública, ademais, está submetida à exigência de legalidade administrativa (art. 37, *caput*, CF/88), o que pode implicar, em semelhante contexto, necessária tipicidade permissiva para elaborar modelos de condutas proibidas e sancionáveis” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 230).

legislação.³²² A situação mudou a partir de um projeto de iniciativa popular impulsionado por quase dois milhões de assinaturas (PLP n.º 518/2009) e com a promulgação, em junho de 2010, da Lei Complementar n.º 135/2010, conhecida no Brasil como “Lei da Ficha Limpa”. O novo regramento alterou a Lei Complementar n.º 64/90, a qual estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, os casos de inelegibilidade e, no firme propósito de proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato político, passou a prever novas hipóteses de inelegibilidade, dentre elas a prevista na alínea “I” do inciso I do art. 1º:

Art. 1º da LC N.º 64/1990. São inelegíveis: I – para qualquer cargo: [...] I) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena [incluído pela Lei Complementar n.º 135, de 2010].

Pela nova lei fica claro, então, que a sanção de suspensão de direitos políticos prevista no § 4º do art. 37 da Constituição Federal poderá ser efetivada mesmo antes do trânsito em julgado da respectiva condenação, o que derroga expressamente, nesse particular, o *caput* do art. 20 da Lei de Defesa da Probidade Administrativa. Destaque-se que, tendo a norma em análise natureza processual, tem ela aplicação imediata, incidindo, inclusive, sobre os processos pendentes. Por outro lado, ela é *irretroativa*, não atingindo os atos processuais já praticados e findos sob o império da lei revogada – *tempus regit actum* (art. 2º do CPP – norma de superdireito³²³ aplicável ao Direito Processual Civil). Isso significa que, em relação aos processos com sentenças já transitadas em julgado por ocasião da entrada em vigor da nova lei, o período de suspensão dos direitos políticos deve ser computado a partir do trânsito em julgado e não da condenação em colegiado.

De acordo com o texto, quatro são os requisitos cumulativos para que essa sanção específica produza seus efeitos mesmo antes do trânsito em julgado da sentença condenatória por ato de improbidade administrativa: (a) condenação por ato de improbidade administrativa a partir de decisão proferida por órgão judicial colegiado; (b) ser doloso o ato de improbidade administrativa praticado; (c) ter o ato de improbidade administrativa causado lesão ao patrimônio público; (d) ter o ato de improbidade administrativa gerado enriquecimento ilícito.

³²² Art. 20, *caput*, da Lei n.º 8.429/92. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

³²³ Normas de superdireito são regras amplas por natureza, aplicáveis a diversos domínios do mesmo ramo jurídico ou a segmentos distintos.

O primeiro requisito apresenta-se no sentido de que a condenação deve ser emanada de *órgão judicial colegiado* (a), ou seja, órgão jurisdicional composto por mais de um magistrado, como são as câmaras cíveis dos tribunais estaduais e as turmas dos tribunais regionais federais. Em verdade, a redação original do Projeto de Lei Complementar (PLP) n.º 518/2009 previa a inelegibilidade a partir da condenação em primeira instância, ou seja, diante de sentença condenatória proferida por juiz singular. Entretanto, com o fito de fazer com que o projeto ganhasse força no Congresso Nacional, o requisito em questão foi apresentado como alternativa e acabou sendo aprovado ao final. Desse modo, a partir da confirmação de condenação por ato de improbidade administrativa pelo órgão jurisdicional colegiado de segundo grau ou, então, diante da reforma de sentença que julgou improcedente o pedido formulado na inicial, ainda que por maioria, já é possível ser aplicada a sanção de suspensão dos direitos políticos.

Um segundo pressuposto de aplicação envolve o elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa, exigindo a Lei Complementar n.º 135/2010 que o ato seja *doloso* (b). A disposição, *a priori*, seria até desnecessária, eis que, no mesmo dispositivo, também é exigido o “enriquecimento ilícito”, elemento típico do art. 9º da Lei n.º 8.429/92, o qual somente admite a forma dolosa, até porque, como já afirmado anteriormente, ninguém pode ilicitamente se enriquecer ou enriquecer terceiros culposamente.

Outro requisito exigido pela Lei Complementar n.º 135/2010 é a ocorrência de *dano ao patrimônio público* (c). Talvez aqui esteja a maior falha da chamada “Lei da Ficha Limpa”, já que, como se sabe, a aplicação das sanções previstas na Lei n.º 8.429/92 independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público (inciso I do art. 21 da Lei da Proibidade Administrativa). Pelo teor do dispositivo estaria livre da incidência da “Lei da Ficha Limpa”, por exemplo, o parlamentar que recebesse o pagamento de propina de um conglomerado empresarial para votar um projeto de lei que, convertido em lei, favorecesse o interessado. Isso porque, apesar de estar caracterizado o ato de improbidade administrativa e ter havido, no caso, dolo e enriquecimento ilícito, a sanção de suspensão dos direitos políticos dependeria do trânsito em julgado da condenação diante da inexistência de dano ao patrimônio público.

O último requisito para que a suspensão dos direitos políticos possa ser implementada em ações por ato de improbidade administrativa independentemente do trânsito em julgado envolve a verificação de *enriquecimento ilícito* no caso (d). A exigência legal exclui, portanto, todas e quaisquer condenações por atos de improbidade administrativa baseadas nos arts. 10 e/ou 11 da

Lei n.º 8.429/92, ainda que de forma dolosa, eis que apenas o art. 9º da Lei da Probidade Administrativa prevê as hipóteses de “enriquecimento ilícito”.

Cabe destacar que pode haver o enquadramento na chamada “Lei da Ficha Limpa” ainda que o pretense candidato não tenha se locupletado pessoalmente a partir do ato de improbidade administrativa praticado, eis que o inciso I do art. 9º da Lei n.º 8.429/92 tipifica como ímproba a conduta de “receber, *para si ou para outrem*, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público”.

O *caput* do art. 12 da Lei n.º 8.429/92 ainda deixa claro que, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às sanções ali consignadas, as quais, dependendo da natureza do fato, podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente. Isso significa que o Magistrado, ao proferir sentença condenatória, também deverá, fundamentadamente, realizar a dosimetria da pena levando em conta a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido, tanto no que tange a sua gradação como em relação à indicação das sanções adequadas àquele agente ímprobo individualmente considerado.

Como podem ser sujeitos do ato de improbidade não apenas agentes políticos (inclusive ocupantes de mandatos eletivos), funcionários públicos efetivos, ocupantes de cargos comissionados, de empregos públicos e particulares que exercem temporariamente uma função pública (art. 2º), mas também aquele que, mesmo não sendo agente público, dolosamente induz ou concorre para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficia direta ou indiretamente (art. 3º da Lei de Defesa da Probidade Administrativa), como, *v.g.*, uma empresa que se beneficia de um contrato administrativo propositalmente celebrado com sobrepreço e incorpora ao seu patrimônio os respectivos valores, deve o julgador aplicar as sanções de modo a extrair das mesmas a sua máxima eficiência.

As pessoas jurídicas, portanto, podem ser responsabilizadas à luz da Lei de Defesa da Probidade Administrativa, mas desde que se enquadrem na categoria de sujeitos ativos indiretos, por meio das figuras de terceiros ou beneficiários, ou como coautores ou partícipes. Isso significa, em outras palavras, que a aplicação das sanções estampadas na Lei n.º 8.429/92 a uma empresa ou a qualquer terceiro sempre dependerá da prática do ato de improbidade por parte de pelo menos

um agente público, uma vez que as práticas de induzir, concorrer ou se beneficiar do ato ímprobo exigem, necessariamente, o conluio com o agente, ou seja, uma conduta dolosa³²⁴. Dessa forma, não sendo comprovada a prática da improbidade pelo agente público ou o conluio deste com a pessoa jurídica, a esta última não poderá ser imposta qualquer sanção com base na legislação em questão³²⁵.

Em casos mais graves, a adequação impõe, assim, que o funcionário público efetivo seja sancionado com a perda da função pública, o agente político com a suspensão dos direitos políticos, a empresa com a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, e assim sucessivamente, pois deve-se considerar que, via de regra, determinadas espécies sancionatórias possuem o condão de atingir a órbita jurídica de alguns dos sujeitos da improbidade com melhores resultados do que outras.

Assim, deixando de lado a perda dos bens ou importâncias acrescidos ilicitamente ao patrimônio e o pagamento de multa civil, que são sanções aplicáveis a todo e qualquer sujeito que, independentemente de sua condição pessoal, pratique ato de improbidade administrativa, as demais sanções, ao que parece, foram idealizadas levando-se em consideração particularidades específicas daquele que se envolve com esse tipo de prática ilícita. Pouco efeito surtiria se fosse aplicada a uma empresa, por exemplo, a sanção de suspensão dos direitos políticos.

É importante reforçar, inclusive para algumas conclusões a serem apresentadas no presente trabalho, que, de acordo com o inciso I do art. 21 da Lei n.º 8.429/92, a aplicação das sanções

³²⁴ A dificuldade de produção de provas acerca do elemento subjetivo do ato de improbidade, principalmente aquele praticado por terceiros, levou a doutrina e a jurisprudência a admitirem a aplicação da *teoria da cegueira deliberada* nesse contexto: “Também denominada *conscious avoidance doctrine* (doutrina do ato de ignorância consciente), ela é aplicável à responsabilização por improbidade administrativa que congrega o dolo direto e o eventual. Se o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da imoralidade ou lesividade do ato e de seu resultado e atuou de modo indiferente a esse conhecimento, é óbvio que não portava boa-fé, ou, em outras palavras, que quis jactar-se de sua vilania” (ROSA/MARTINS Jr., “A teoria da cegueira deliberada e a aplicação aos atos de improbidade administrativa”, in *Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos*, coord. M. C. MARQUES, et al., Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 238). No mesmo sentido: “Ação Civil Pública. Licitação (Carta-Convite). Empresas vencedoras beneficiadas por manobras fraudulentas, cujo direcionamento da licitação restou comprovado. Prejuízo ao erário não identificado, nem superfaturamento em relação aos equipamentos adquiridos (ar condicionado) e ao serviço de instalação. Aplicação da *Teoria da Cegueira Deliberada*. Ato de improbidade administrativa devidamente comprovado, porém com ofensa aos princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11, da Lei n.º 8.429/92. Procedência da ação mantida por outro fundamento, com subsunção a infração administrativa menos grave da que condenados os corréus pelo Juízo *a quo*. Reforma parcial da r. sentença. Dosimetria das penalidades fixadas com base no art. 12, III, da Lei n.º 8.429/92. Apelações dos réus providas em parte” (BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. 9ª Câmara de Direito Público. Apelação n.º 3001041-93.2013.8.26.0648, Rel. Des. REBOUÇAS DE CARVALHO. Data do julgamento: 29/04/2015. Data de registro: 30/04/2015).

³²⁵ É nesse sentido a lição de Emerson Garcia: “É importante frisar, uma vez mais, que somente será possível falar em punição de terceiros em tendo sido o ato de improbidade praticado por um agente público, requisito este indispensável à incidência da Lei n.º 8.429/92. Não sendo divisada a participação do agente público, estará o *extraneus* sujeito a sanções outras que não aquelas previstas nesse diploma legal. Ajuizada a ação civil e julgado improcedente o pedido em relação ao agente público, igual destino há de ter o terceiro”. E mais: “Afastando-se uma vez mais a responsabilidade objetiva e inexistindo qualquer previsão em relação à punibilidade dos atos culposos, até porque estes apresentariam grande incompatibilidade com a natureza dos atos descritos, ao terceiro somente poderão ser aplicadas as sanções cominadas no art. 12 em tendo atuado com *dolo*” (GARCIA/ALVES, *Improbidade Administrativa*, 8ª ed., 2ª tir., Rio de Janeiro, Saraiva, 2015, pp. 368; 437). A posição do Superior Tribunal de Justiça não é diferente, podendo ser trazido à colação o seguinte julgado: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AgRg no REsp n.º 1.129.668/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJE 24/09/2013.

previstas para os atos de improbidade administrativa independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público. Apesar de o dispositivo ressaltar a “pena de ressarcimento”, parece que, no caso, o legislador não foi muito feliz por dois motivos.

A uma porque o *ressarcimento integral do dano* não possui caráter sancionatório, apesar de estar inserido no rol legal de sanções previstas para os atos de improbidade administrativa. Trata-se, apenas e tão-somente, da obrigação de indenizar como decorrência lógica da responsabilidade civil, capitulada no art. 927 do Código Civil vigente³²⁶.

A duas porque, como já destacado anteriormente, a própria Lei n.º 8.429/92 deixa claro que há algumas espécies de atos de improbidade administrativa que não necessariamente repercutem na causação de dano ao erário e, desse modo, por razões de ordem lógica, dispensam o respectivo ressarcimento. Isso fica claro na redação dos incisos I e III do art. 12 da lei de regência, os quais, ao se reportarem à reparação do prejuízo, utilizam as expressões “quando houver” e “se houver”, respectivamente. O art. 5º e o art. 7º, *caput*, da Lei de Defesa da Probidade Administrativa, aliás, deixam claro que a ocorrência de lesão ao patrimônio público é uma simples hipótese³²⁷.

Por fim, há que se ressaltar a autonomia do resultado das ações por ato de improbidade administrativa em relação às análises realizadas pelos órgãos de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas (inciso II do artigo 21 da Lei n.º 8.429/92). Isso significa, em outras palavras, que, ainda que o controle interno ateste a regularidade dos atos administrativos ou o Tribunal de Contas aprove as contas públicas de determinado período, o agente público responsável por aqueles atos ou por aquelas contas poderá ser condenado pelo Poder Judiciário pela prática de ato de improbidade administrativa.

4.3 A importância do controle social e da participação popular na Administração Pública

4.3.1 Notas introdutórias

A nation of sheep will have a government of wolves.

Thomas Jefferson

³²⁶ Art. 927 do Código Civil. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

³²⁷ Art. 5º da Lei nº 8.429/92. Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano – grifo nosso.

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado – grifo nosso.

A participação e o controle social, hoje em dia, são fundamentais para a eficiência de qualquer governo. Nesse sentido, a *integridade governamental* assume um papel ainda mais relevante, pois o cidadão estará menos interessado na política quando a integridade de seus representantes estiver abaixo dos padrões aceitáveis e, ao contrário, mais interessado e participativo quando os ocupantes de cargos públicos demonstrarem integridade em todas as suas ações e decisões.

A participação dos *bons cidadãos*³²⁸ no processo de tomada de decisões de relevância social é elemento indissociável da boa governança, da consolidação da cidadania e diretamente dependente não apenas do exercício do direito de acesso e acompanhamento dos atos da Administração Pública, mas também do dever das autoridades públicas de garantir a perfeita e completa fruição desse direito. Isso porque,

Se uma sociedade justa requer um forte sentimento de comunidade, ela precisa encontrar uma forma de inculcar nos cidadãos uma preocupação com o todo, uma dedicação ao bem comum. Ela não pode ser indiferente às atitudes e disposições, aos ‘hábitos do coração’ que os cidadãos levam para a vida pública, mas precisa encontrar meios de se afastar das noções da boa vida puramente egoístas e cultivar a virtude cívica.³²⁹

A informação que é divulgada pelo Poder Público, para tanto, deve funcionar como um elemento de aproximação entre a sociedade e a gestão pública de seus representantes para fins de participação e controle social. Pode-se dizer, assim, que o direito de acesso à informação e o direito de participação são complementares em qualquer sistema democrático. A democracia, entretanto, representa muito mais do que isso: é o sistema em que os cidadãos de uma nação, de uma comunidade ou de um município controlam as atividades daqueles que exercem o poder e executam as políticas públicas. Em verdade, a democracia pressupõe uma participação inclusiva, onde todos, com facilidade, devem estar envolvidos no processo democrático, seja no momento da escolha de seus representantes, seja no momento da implementação das políticas públicas necessárias ao aprimoramento da qualidade de vida da população, da supervisão dos atos do Poder Público e na proteção do Estado Democrático de Direito por seus próprios destinatários:

Quando se cogita de um modelo de administração pública orientado à governança – e que, portanto, aposte na contribuição que possa ser oferecida pela cidadania – o desafio reside não no desejo em si de se envolver, mas na construção de um processo que favoreça tal

³²⁸ “O bom cidadão é informado e formado; é inquisitivo e politizado; é solidário e contribuinte; protesta pelos seus direitos e pelos direitos dos demais; participa na vida pública através de vários mecanismos (eleições, associativismo, assistência social, etc.); contesta os procedimentos e decisões da administração, mas também colabora na melhoria dos seus serviços; não pactua com facilitismos, clientelismos e comportamentos venais, exigindo transparência e rigor por parte daqueles que são chamados a exercer o poder que lhes for delegado para gestão da *res publica*” (SOUZA, *op. cit.*, p. 105).

³²⁹ SANDEL, *op. cit.*, p. 325.

engajamento e promova o equilíbrio entre os diversos interesses, ao mesmo tempo em que previne o risco de tornar a administração refém de grupos de interesses específicos.³³⁰

Por isso, outro componente não menos importante para a integridade governamental envolve a garantia que deve ser conferida a todos os cidadãos de emitir opiniões durante o processo de tomada de decisões pelo Poder Público, modelo, este, que ficou conhecido como *Novo Serviço Público* (*New Public Service*)³³¹. Isso significa, em outras palavras, que a democracia representativa precisa ser complementada pela democracia participativa, ou seja, os cidadãos precisam ser integrados aos governos e estimulados a trazer uma palavra significativa sobre a forma como são governados³³².

Para que a democracia tenha qualidade, é preciso que a população se sinta participante e responsável pela manutenção de um bom ambiente social, observando-se sempre a devida igualdade preconizada pelo Estado Democrático de Direito. O desenvolvimento econômico deve vir sempre acompanhado da inclusão social, pela qual se deve estabelecer a diminuição da desigualdade social e a redistribuição do bem-estar e da riqueza do país. Esse objetivo somente será alcançado se o poder de decisão for descentralizado de forma a permitir a efetiva participação da população na formulação das regras de convivência, pois todos precisam se sentir inseridos na sociedade e ter confiança na aplicação das normas fundamentais. Devem, ainda, ter não apenas a percepção, mas a certeza de que suas opiniões serão levadas em consideração na formulação das políticas públicas de modo geral.

A integridade governamental também exige autoridades neutras ou imparciais ocupando os cargos públicos mais relevantes. A utilização do poder por parte daqueles que o exerçam para favorecer sistematicamente um grupo em detrimento de outro a partir de preferências pessoais configura uma violação fundamental dos preceitos de integridade. Assim, uma característica importante dos fatores constitutivos da integridade governamental envolve contínua interação e integração entre funcionários públicos e cidadãos, o que certamente fará com que a

³³⁰ VALLE, *op. cit.*, p. 50.

³³¹ “O movimento conhecido como Novo Serviço Público (*New Public Service*) tem sido apresentado como alternativa à Nova Gestão Pública. A proposta de Denhardt e Denhardt (2003) é a superação dos desafios contemporâneos sem desprezar as duas tradições anteriores, mediante a primazia da cidadania e da democracia. Os autores acreditam que a abordagem do Novo Serviço Público dá conta de cobrir as lacunas das propostas anteriores em função do maior respeito à ética e à integridade. A principal proposta do NSP é a recuperação dos valores democráticos e sociais, por meio do aumento da participação da sociedade nas decisões governamentais. [...] Os servidores públicos não devem responder meramente à demanda dos consumidores, devem na verdade procurar construir um relacionamento de confiança e colaboração com e entre os cidadãos. Considerando essa nova forma de enxergar a administração pública, a meta a ser estabelecida é a busca incessante do interesse público, dado que, para os autores, a realização do interesse público é uma das primeiras razões para o governo existir” (BALBE, *Controle interno e o foco nos resultados*, Belo Horizonte, Fórum, 2013, pp. 47-48).

³³² “O que fará a diferença para impedir, minimizar ou reduzir a mentalidade estatista e, por tabela, o intervencionismo como agente política é mostrar às pessoas a natureza das ideologias que disputam espaço e como elas podem ser prejudicadas pelo governo. Isso fornece instrumentos que nos permitem reconhecer e rejeitar os projetos de poder baseados na ideia de que o Estado deve ser o principal agente da vida em sociedade” (GARSCHAGEN, *op. cit.*, p. 272).

Administração Pública funcione de maneira mais eficiente para prestar serviços públicos de melhor qualidade.

As audiências públicas, nesse sentido, vêm se tornando um instrumento muito utilizado pelos órgãos públicos brasileiros para a prática de um diálogo com os diversos atores sociais. Sem dúvida alguma, representa um avanço democrático na discussão das questões que envolvem relevante interesse social. Ao propiciar um debate franco com os representantes da sociedade civil, a realização de audiências públicas acaba estabelecendo uma maior aproximação das autoridades públicas com a coletividade, de modo a conhecer os seus anseios e os seus posicionamentos sobre determinado tema e, principalmente, levar em consideração suas sugestões.

A importância da audiência pública pode ser constatada pela redação do art. 58, § 2º, inciso II, da Constituição Federal brasileira, o qual prevê sua realização pelas comissões do Congresso Nacional. Exatamente por isso é que esse tipo de audiência também está prevista nos Regimentos Internos das diversas Casas Legislativas do país, inclusive do Senado Federal (Resolução n.º 93/70)³³³ e da Câmara dos Deputados (Resolução n.º 17/89, arts. 21-A, inciso VII, e 24, inciso III).

No âmbito do Poder Executivo, o instituto vem disciplinado mais detalhadamente na Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula, de modo geral, o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e, em seu art. 32, estabelece que, “antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo”. Registre-se, ainda, a salutar previsão de realização de audiência pública para demonstração e avaliação do cumprimento das metas fiscais, conforme previsto no art. 9º, § 4º, da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

O art. 27, *caput* e parágrafo único, inciso IV, da Lei Federal n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, estabelece que também cabe ao Ministério Público, no exercício da atribuição de defender os direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, promover audiências públicas, as quais se têm constituído como importante instrumento de democratização e legitimação da

³³³ Art. 93 do RI Senado Federal. A audiência pública será realizada pela comissão para: I – instruir matéria sob sua apreciação; II – tratar de assunto de interesse público relevante. § 1º A audiência pública poderá ser realizada por solicitação de entidade da sociedade civil. § 2º A audiência prevista para o disposto no inciso I poderá ser dispensada por deliberação da comissão. § 3º No dia previamente designado, a comissão poderá realizar audiência pública com a presença de, no mínimo, 2 (dois) de seus membros.

atuação ministerial, principalmente na tomada de providências em relação a questões polêmicas e complexas. Já a Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental no âmbito do Poder Judiciário, prevê, no § 1º de seu art. 6º, que o relator, se entender necessário, poderá fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Apesar de todo esse aparato legislativo em torno das audiências públicas, a participação popular nos atos do Poder Público ainda é um fenômeno relativamente incomum. No entanto, os governos estão adotando cada vez mais esse tipo de expediente para fortalecer os mecanismos democráticos, aprimorar seu processo de tomada de decisões, garantir a execução orçamentária eficiente e alcançar melhores resultados na gestão pública. A ideia parte da premissa de que, se lhes for conferida informação suficiente acerca de seus direitos, os atores não-governamentais passarão a exigir o seu cumprimento uns dos outros e, principalmente, do Poder Público. Assim, plenamente conscientes daquilo que a lei lhes assegura, passarão a participar significativamente da Administração Pública e a trabalhar em colaboração com as partes interessadas do governo, desenvolvendo a sociedade civil e aumentando o capital político dos gestores públicos.

A participação popular deve envolver todas as maneiras possíveis de interação entre o público em geral, incluindo cidadãos, organizações da sociedade civil e outros intervenientes não estatais, e as autoridades públicas. Além das audiências públicas, outras estratégias incluem a criação de grupos de trabalho, comissões, *workshops*, reuniões públicas com votações e linhas de comunicação direta (*hotlines*).

Durante o processo de discussão, elaboração, aprovação, execução e fiscalização do orçamento público, diversas oportunidades de participação popular podem ser criadas, não apenas para informar os destinatários das políticas públicas e dar transparência ao processo, mas também para obter sua colaboração na tomada de decisões em cada uma dessas etapas. Essas oportunidades podem ser conferidas por audiências e consultas públicas, formação de grupos de trabalho ou até mesmo pela realização de referendos.

É cada vez mais aceita a ideia de que a participação popular pode funcionar como força motriz para a eficiência, a eficácia, a previsibilidade, a legitimidade e a sustentabilidade do aparelho estatal, melhorando não apenas o desempenho fiscal, mas também aumentando a probabilidade

de êxitos econômicos, sociais e ambientais³³⁴. A importância da participação popular nas contas públicas também é verificada a partir de sua crescente incorporação nas principais normas de abertura fiscal, incluindo o Código de Transparência Fiscal do FMI (Fundo Monetário Internacional)³³⁵ e os Princípios da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) de Governança Orçamentária³³⁶.

É possível afirmar que normas avançadas e boas práticas de participação popular junto à Administração Pública e nos processos orçamentários fazem parte de um movimento global crescente: cada vez mais se reconhece que os cidadãos e as organizações da sociedade civil, ao lado do próprio Estado e do mercado, são agentes fundamentais para a boa governança e o desenvolvimento sustentável³³⁷.

Em Portugal, a Resolução da Assembleia da República n.º 11/2003 aprovou, para ratificação, a Convenção de Aarhus da Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa, de junho de 1998, sobre acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria ambiental, a qual incluiu o “direito de todos a receber as

³³⁴ Foi com esse espírito que a Assembleia Geral das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 2012, aprovou a Resolução n.º 67/218, sobre a promoção da transparência, participação e prestação de contas nas políticas fiscais, com o seguinte teor: “A Assembleia Geral, Reportando-se a sua Resolução 66/209, de 22 de Dezembro de 2011, e suas resoluções anteriores sobre a administração pública e desenvolvimento, Reportando-se também a Declaração do Milênio das Nações Unidas, Reconhecendo que as políticas fiscais têm um impacto crítico sobre resultados econômicos, sociais e ambientais em todos os países e em todos os níveis de desenvolvimento, Reforçando a necessidade de aprimorar a qualidade, eficiência e eficácia das políticas fiscais, Reconhecendo o papel crítico que a transparência, a participação e a prestação de contas nas políticas fiscais pode desempenhar na prossecução da estabilidade financeira, da redução da pobreza, do crescimento econômico equitativo e na realização do desenvolvimento sustentável, Reconhecendo também que a transparência, a participação e a prestação de contas nas políticas fiscais devem ser promovidas de forma consistente com as peculiaridades dos diversos países e da legislação nacional, 1. Registra a Iniciativa Global para a Transparência Fiscal e seus Princípios de Alto Nível sobre Transparência Fiscal, Participação e Responsabilidade de 2012; 2. Incentiva os Estados-Membros a intensificar os esforços para aumentar a transparência, participação e prestação de contas nas políticas fiscais, nomeadamente pela consideração dos princípios estabelecidos pela Iniciativa, numa base voluntária; 3. Também incentiva os Estados-Membros, a este respeito, a promover discussões sobre o avanço do objetivo comum de gestão transparente, participativa e responsável das políticas fiscais; 4. Convida os Estados-Membros e as instituições pertinentes das Nações Unidas a promover a cooperação e o intercâmbio de informações entre todas as partes interessadas para ajudar os Estados membros na capacitação e intercâmbio de experiências em matéria de transparência, participação e prestação de contas nas políticas fiscais. 61ª reunião plenária. 21 de dezembro de 2012 (ASSEMBLEIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, Resolução n.º 67/218, de 21 de dezembro de 2012 [disponível em http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/67/218, Acesso em 21 de fevereiro de 2016]).

³³⁵ INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF), *The Fiscal Transparency Code* [disponível em <http://blog-pfm.imf.org/files/ft-code.pdf>, acesso em 21 de fevereiro de 2016]. O Código de Transparência Fiscal do FMI é considerado o padrão internacional para a divulgação de informações sobre as finanças públicas e compreende um conjunto de princípios elaborados em torno de quatro pilares: [1] apresentação de relatórios fiscais; [2] a previsão fiscal e orçamento; [3] análise de risco fiscal e de gestão; e [4] a gestão das receitas de recursos. Para cada princípio de transparência, o Código indica práticas básicas, boas e avançadas, capazes de fornecer aos países metas claras para plena conformidade com o Código e de garantir sua aplicabilidade a todos os países membros do FMI.

³³⁶ OCDE, *Draft Recommendation of The OECD Council on The Principles of Budgetary Governance*, Public Governance and Territorial Development, OCDE, Paris, July 2014 [disponível em <http://www.oecd.org/gov/budgeting/Draft-Principles-Budgetary-Governance.pdf>, acesso em 21 de fevereiro de 2016]. O objetivo da OCDE ao indicar desses princípios é fornecer uma visão geral e concisa de boas práticas em todo o espectro das atividades econômicas e também uma orientação prática para a concepção, implementação e aprimoramento dos sistemas de orçamento, a fim de enfrentar os desafios do futuro. A intenção geral é fornecer uma ferramenta útil de referência para os gestores políticos e profissionais de todo o mundo, e ajudar a garantir que os recursos públicos sejam planejados, geridos e utilizados de forma eficaz para que haja um impacto positivo na vida dos cidadãos.

³³⁷ No plano ambiental, esse movimento fica ainda mais nítido. A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (“Rio 92”), por exemplo, no Princípio n.º 10 de seu documento final, registrou que “[a] melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos” (NAÇÕES UNIDAS, Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 3 a 14 de junho de 1992 [disponível em <http://www.unu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>, acesso em 21 de fevereiro de 2016]).

informações sobre o meio ambiente de que disponham as autoridades públicas”, o “direito de participar na tomada de decisão ambiental” e o “direito de rever os procedimentos para contestar decisões públicas”³³⁸.

A Parceria para Governo Aberto (*OGP – Open Government Partnership*³³⁹) é considerada um dos maiores e mais recentes esforços globais no sentido de incorporar e promover a participação popular a fim de melhorar a qualidade da governança pública. A OGP incentiva o aumento do acesso à informação, da participação e da responsabilidade no governo em geral. Até o momento, sessenta e cinco países participam da OGP, dentre eles o Brasil (Portugal ainda não aderiu), sendo que a maioria deles já assumiu compromissos de abertura nos seus planos de ação e de abertura fiscal para fortalecer a participação popular na política fiscal.

Os processos abertos e inclusivos de participação pública são importantes porque eles contrastam com *lobby* privado que geralmente é realizado por alguns funcionários públicos. No Brasil, as situações que configuram conflito de interesses envolvendo ocupantes de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal, os requisitos e restrições a ocupantes de cargo ou emprego que tenham acesso a informações privilegiadas, os impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego e as competências para fiscalização, avaliação e prevenção de conflitos de interesses são regulados pela Lei n.º 12.813, de 16 de maio de 2013, a qual traz, inclusive, a previsão de ilícitos puníveis com severas sanções.

Por isso, deve sempre haver um cuidado especial na concepção dos compromissos públicos que garantam a participação popular, pois a abertura desregulada pode gerar o risco de interferência por parte de agentes públicos desonestos e de lobistas interessados em manter os seus privilégios junto ao governo.

É óbvio que a cultura da participação popular não acontece de um momento para outro, principalmente em países em que é alto o grau de desconfiança em relação aos gestores públicos. Por isso, devem os governos estimular o exercício da cidadania e sensibilizar o público com a divulgação das principais oportunidades de participação popular, publicando, por exemplo, o calendário do orçamento anual com descrição dos principais momentos em que a população poderá participar e avaliar as políticas previstas.

³³⁸ PORTUGAL, Resolução da Assembleia da República n.º 11/2003 (Aprova, para ratificação, a Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente, assinada em Aarhus, na Dinamarca, em 25 de junho de 1998) [disponível em <https://dre.pt/application/file/a/188618>, acesso em 21 de fevereiro de 2016].

³³⁹ OGP – Open Government Partnership, [website] <http://www.opengovpartnership.org>, United Nations, Last Review: 2017.

A tecnologia da informação e o desenvolvimento dos sistemas de comunicação têm sido fundamentais para essa interação direta entre os destinatários das políticas públicas e o Poder Público, com a criação de novos espaços para a participação dos cidadãos na deliberação das políticas de governo e na fiscalização dos atos estatais. Apesar de se constatar uma ou outra iniciativa isolada nesse sentido³⁴⁰, ainda falta orientação e sistematização quanto à forma e o momento de se admitir a participação popular em relação aos atos da Administração Pública e na política fiscal.

4.3.2 Princípios informadores da participação pública

*O maior castigo consiste em ser governado por alguém ainda pior do que nós,
quando não queremos ser nós a governar.*

Platão

É por todas essas razões que os cidadãos e as organizações da sociedade civil devem ter o direito e a oportunidade efetiva de participarem diretamente do debate e da discussão sobre o desenho e a implementação de políticas públicas, gerando, em contrapartida, um dever para o Estado nesse mesmo sentido.

A participação popular na tomada de decisões do Poder Público, assim, é assegurada em diversos dispositivos da Constituição Brasileira, a começar pelo inciso II do art. 1º, que deixa expresso que a República Federativa do Brasil tem por fundamento a cidadania. Acerca de determinadas questões, essa participação se apresenta até como uma exigência, como acontece na fiscalização da aplicação dos recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, conforme previsão expressa no parágrafo único do art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Até mesmo no plano de produção legislativa, a participação popular é assegurada pela Carta Magna, não apenas pela apresentação de projetos de lei de iniciativa popular³⁴¹, mas também pela realização de audiências públicas pelas comissões do Congresso Nacional acerca de determinadas matérias (art. 58, § 2º, inciso II).

³⁴⁰ No Brasil, o Estado do Espírito Santo desenvolveu um aplicativo para smartphones batizado como “Fiscal Cidadão”. Por esse dispositivo móvel, qualquer pessoa pode interagir diretamente com o sistema de ouvidoria, encaminhando denúncias de ilícitos (inclusive com imagens), reclamações quanto ao mau funcionamento de um determinado serviço público e sugestões de aprimoramento. Todas as informações são registradas e o usuário recebe um número de protocolo pelo qual ele pode acompanhar o desenvolvimento da questão suscitada pela Internet, sendo que, ao final, é ele devidamente comunicado da solução.

³⁴¹ Art. 61, § 2º, da CFB. A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Assim, as comissões legislativas não só podem como devem realizar audiências públicas não apenas sobre o enquadramento macroeconômico e fiscal do Poder Executivo para o orçamento anual quando este é apresentado ao Poder Legislativo, mas também sobre os orçamentos propostos e relatórios anuais dos organismos individuais, nas quais depoimentos dos agentes públicos e dos interessados em geral são ouvidos e deliberados. Audiências públicas também estão regulamentadas no plano infraconstitucional brasileiro pela Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, figurando como uma possibilidade aberta a qualquer gestor público antes da tomada de decisões quando a matéria do processo administrativo envolver assunto de interesse geral³⁴².

A Constituição Portuguesa não fica atrás quando prevê que é tarefa fundamental do Estado incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais (art. 7º, “c”). A partir daí já é possível afirmar que a República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democrática e no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, que tem por objetivo a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

Sua Constituição, por essa exata razão, traz uma série de outros dispositivos que espelham os ideais de democracia participativa³⁴³: o art. 48º, incluído no capítulo dos direitos, liberdades e garantias de participação política, dispõe que todos os cidadãos têm o direito de tomar parte na vida política e na direção dos assuntos públicos do País, diretamente ou por intermédio dos seus representantes livremente eleitos. Em reforço a esse princípio, o art. 112º prevê que a participação direta e ativa dos cidadãos na vida política constitui condição e instrumento fundamental da consolidação do sistema democrático, sendo tarefa fundamental do Estado

³⁴² Art. 31 da Lei n.º 9.784/1999. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.

³⁴³ Isso porque as ideias estatuídas pela democracia participativa possuem um espectro muito mais amplo do que as da democracia representativa, pois não se devem limitar a garantir aos cidadãos o poder de discussão em torno das deliberações estatais, mas também a assegurar a estes e a outras entidades o direito de exigir pela via jurisdicional, se necessário for, que o Estado efective os direitos comuns a todos e constitucionalmente assegurados, afastando-se eventuais omissões.

Português assegurar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais³⁴⁴.

Merece referência, também, o art. 267.º, “5”, pelo qual “[o] processamento da actividade administrativa será objecto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito”. Foi com base nessa premissa constitucional que foi elaborado o Código do Procedimento Administrativo (Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro), o qual garante que a participação dos administrados no processo de elaboração dos regulamentos inspira algumas das suas disposições. Tal regulamento reconhece ao particular o direito de dirigir petições à Administração para desencadear o procedimento regulamentar (art. 102º), prevê a possibilidade de audiência prévia dos interessados no caso de regulamentos cujo conteúdo lhes possa ser desfavorável (art. 121º) e, ao mesmo tempo, incentiva a submissão à consulta pública para recolhimento de sugestões (arts. 11º e 101º).

A partir do arcabouço normativo comum existente em Portugal e no Brasil é possível extrair alguns princípios que devem nortear toda a atividade administrativa relacionada à participação popular junto ao Poder Público, principalmente para que não haja qualquer distorção interpretativa por ocasião da aplicação dos dispositivos legais.

Pelo *princípio da inclusão total* deve-se garantir de modo proativo a facilitação da inserção e a não discriminação de todo e qualquer cidadão na discussão dos assuntos de interesse público, aí incluídos os grupos tradicionalmente excluídos, sem discriminação de opinião política, religiosa, social, de gênero, de etnia ou mesmo derivada da nacionalidade ou do domicílio. O governo ou uma autoridade pública, assim, antes de implementar determinada política pública, deve tomar a iniciativa de identificar quais são os interessados diretos e convidá-los a participar das discussões. Além disso, deve sempre buscar incluir indivíduos e grupos que normalmente não participam desse tipo de processo e, ainda, acompanhar a forma pela qual os principais interlocutores representam a diversidade total da comunidade relevante.

³⁴⁴ A Constituição Portuguesa ainda garante a participação popular “na elaboração dos instrumentos de planeamento urbanístico e de quaisquer outros instrumentos de planeamento físico do território” (art. 65.º, “5”), nas questões referentes ao ambiente e à qualidade de vida (art. 66.º, “2”), na política de ensino (art. 77.º, “2”) e na política agrícola (art. 98.º). Seu artigo 265.º, “1”, ainda prevê que as organizações de moradores têm direito de petição perante as autarquias locais relativamente a assuntos administrativos de interesse dos moradores e de participação, sem voto, através de representantes seus, na assembleia de freguesia.

Por isso, de acordo com o *princípio da participação direta*, todos os interessados devem ser incentivados a se manifestar, embora possa haver grupos e mecanismos com legitimidade para falar em nome de outros indivíduos. Assim, as comunidades devem ser estimuladas a articular os seus interesses à sua própria maneira, escolhendo os meios de comunicação que mais lhes convierem. Trata-se de princípio diretamente vinculado a um outro – o da *participação significativa* –, o qual estabelece a necessidade de participação dos cidadãos desde o início do processo, enquanto uma gama de opções ainda está em aberto e a decisão a ser tomada ainda tem importância. Isso obviamente só ocorrerá se as informações necessárias estiverem acessíveis e se houver regras claras impondo a participação popular nas várias fases do processo de tomada de decisões administrativas.

No tocante à análise das prestações de contas e fiscalização da execução orçamentária, o *princípio da complementaridade* estabelece a participação popular deve funcionar como parte integrante dos sistemas de controle de toda Administração Pública, economizando-se tempo e evitando-se a repetição de diligências em paralelo. A participação do público deve ser coordenada e organizada em todos os setores da Administração Pública de modo a garantir consistência, coerência e impedir duplicações desnecessárias. Essa integração também garante uma maior aproximação entre os representantes da sociedade civil organizada e os agentes da Administração Pública, gerando enormes benefícios em termos de eficiência administrativa.

O *princípio da continuidade* é de fundamental importância para o alcance de resultados de excelência, pois é por ele que a cidadania se consolida com a realização permanente de consultas públicas e deliberações regulares contando com a participação popular, independentemente do partido ou grupo que esteja à frente do governo, criando uma sensação de confiança mútua e institucionalizando a participação da sociedade de modo adequado e eficaz.

O *princípio da transparência*, já exaustivamente tratado no Item 1.3 deste Capítulo, deve assegurar a disponibilidade e a qualidade da informação para o cidadão, restando, assim, garantida tanto a transparência ativa como a transparência passiva, inclusive para efeito de fiscalização por parte do cidadão. A transparência, inclusive, traz a reboque o *princípio da cidadania plena*, pelo qual todos aqueles que vivem em determinada sociedade devem estar totalmente conscientes de seu dever de defender os interesses de dimensão coletiva e natureza pública. A fiscalização da Administração Pública, aliás, é uma precondição para a democracia, de modo que a participação e o controle social consubstanciam-se, ao mesmo tempo, em direito

e dever inerente a qualquer cidadão. Não é por outro motivo que o § 2º do art. 74 da Constituição Federal Brasileira registra que “[q]ualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.

Merece ainda menção, por derradeiro, o *princípio da cooperação*, pelo qual os indivíduos engajados na implementação de políticas públicas devem exercitar uma série de deveres próprios da vida em sociedade, como o de garantir a informação de terceiros, o de compreender a escassez dos recursos públicos e o de respeitar o direito de liberdade de expressão e de opinião de terceiros, agindo sempre de modo cooperativo, em prol do interesse público e com absoluta boa-fé.

Nenhum desses princípios, entretanto, será capaz de produzir os efeitos práticos que deles se esperam sem a integridade governamental, eis que, para que possa haver a necessária mudança cultural em prol de uma maior participação social, todos eles precisam estar calcados em novos padrões éticos na relação entre governo e sociedade.³⁴⁵ O cidadão somente se interessará em participar do processo de tomada de decisões de interesse público se ele pressentir que há um propósito de lealdade e confiança, o que é típico da integridade. Se o Estado resiste à transparência total, dando a entender que tem algo a esconder da população, essa relação jamais se estabelecerá e, via de consequência, restará comprometido todo o sistema de governança.

4.3.3 O controle pela via da ação popular

*É um fenómeno curioso: o país ergue-se indignado,
moureja o dia inteiro indignado, come, bebe e diverte-se indignado,
mas não passa disso. Falta-lhe o romantismo cívico da agressão.
Somos, socialmente, uma coletividade pacífica de revoltados.*

Miguel Torga

É fato que jamais existirá uma política anticorrupção de sucesso sem a participação direta de uma sociedade que exteriorize um forte compromisso coletivo na hora de permanecer atenta e ativa diante dos desvios de poder. A ação popular, por isso, para todos os países que dela fazem previsão em seus respectivos ordenamentos jurídicos, representa a plena afirmação dos direitos

³⁴⁵ “Só uma mudança institucional não adianta; só uma reforma cultural não adianta. Precisamos de ambas: a transformação na cultura permitirá e preservará a mudança constitucional, e contribuirá na formação de uma sociedade independente e vigilante dentro da qual emergirão as elites políticas preocupadas em preservar esses elementos fundamentais, que, por sua vez, serão respeitados e conservados pelas instituições” (GARSCHAGEN, *op. cit.*, p. 274).

de cidadania e, inegavelmente, constitui a principal ferramenta de controle da atuação política. Trata-se de um direito político fundamental da mesma envergadura daquele que decorre da capacidade de votar e seu votado que proporciona ao cidadão a tutela em juízo do “direito que tem a coletividade a um governo probo e a uma administração honesta”³⁴⁶.

A Constituição da República Portuguesa, reforçando suas bases assecuratórias de participação popular, dispõe, em seu art. 52º, n.º 1, que “[o]s cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou coletivamente, aos órgãos de soberania ou a quaisquer autoridades, petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral”. O mesmo dispositivo ainda versa sobre a ação popular, como instrumento processual específico de tutela dos direitos coletivos:

Art. 52º. [...] 3. É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para: a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural; b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.

A Lei n.º 83/95, de 31 de agosto de 1995, assim, regulamentou os casos e as modalidades de participação popular nos procedimentos administrativos, bem como do direito de ação popular para prevenir e a condenar as infrações relacionadas com a saúde pública, o meio ambiente, a qualidade de vida, a proteção dos consumidores, o patrimônio cultural e o domínio público³⁴⁷. A legitimação ativa da ação popular portuguesa certamente representa a maior indicação de que funciona ela como um verdadeiro pilar de sustentação da ideia de participação democrática, pois até mesmo um cidadão pode ajuizá-la no controle da legalidade da atuação administrativa, bastando, para tanto, que esteja no gozo dos seus direitos civis e políticos (art. 2.º, n.º 1, da Lei n.º 83/95).³⁴⁸

³⁴⁶ MARQUES, “As ações populares no direito brasileiro”, in *Revista Forense*, v. 55, n.º 178, Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 47.

³⁴⁷ Na Lei n.º 83/95, a ação popular está assim disciplinada: Art. 1.º – Âmbito da presente lei: 1 – A presente lei define os casos e termos em que são conferidos e podem ser exercidos o direito de participação popular em procedimentos administrativos e o direito de ação popular para a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções previstas no n.º 3 do artigo 52.º da Constituição. 2 – Sem prejuízo do disposto no número anterior, são designadamente interesses protegidos pela presente lei a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, a protecção do consumo de bens e serviços, o património cultural e o domínio público.

³⁴⁸ Art. 2.º, n.º 1, Lei n.º 83/95. São titulares do direito procedimental de participação popular e do direito de ação popular quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e as associações e fundações defensoras dos interesses previstos no artigo anterior, independentemente de terem ou não interesse directo na demanda.

Por outro lado, essa ampla abertura no trato dos direitos materiais coletivos pode fazer com que uma ação popular seja ajuizada com interesses escusos e/ou a partir de conluio entre as partes³⁴⁹. Não se pode negar que, sob esse aspecto, a atenção do legislador no sentido de criar mecanismos que impeçam a má-fé processual no âmbito de ação popular deve ser redobrada, dada a dimensão dos bens jurídicos que nela são tutelados.³⁵⁰ É nessa linha que o art. 16º, n.º 3, a lei prevê que “[n]o âmbito da fiscalização da legalidade, o Ministério Público poderá, querendo, substituir-se ao autor em caso de desistência da lide, bem como de transacção ou de comportamentos lesivos dos interesses em causa” e, no seu art. 20º, n.º 4, deixa expresso que “[a] litigância de má-fé rege-se pela lei geral”³⁵¹. O Ministério Público, assim, desempenha importante papel na fiscalização da legalidade da ação popular portuguesa – apesar de não possuir legitimidade para ajuizá-la, funcionará como interveniente obrigatório em todas elas e substituirá o autor nas hipóteses elencadas no art. 16º, n.º 3, da Lei da Ação Popular.

Para fins de caracterização da ação popular portuguesa como instrumento de controle social, a questão mais relevante gira em torno de seu objeto. A Constituição Portuguesa, no n.º 3 de seu art. 52º, utilizou-se do advérbio “nomeadamente”, o que força conclusão no sentido de que a enumeração constitucional não é exaustiva, mas meramente exemplificativa, dando à lei infraconstitucional, assim, a possibilidade de comportar outras possibilidades. A Lei n.º 83/95, entretanto, prevê, expressa e autonomamente, apenas duas modalidades de ações popular: a ação popular administrativa (n.º 1 do art. 12º) e a ação popular civil (n.º 2 do art. 12º)³⁵². Prevalece, por esse motivo, o entendimento de que, como a Constituição da República reserva o direito de ação popular apenas para “os casos e termos previstos na lei” (n.º 3 do art. 52º da CRP), seu objeto estaria delimitado pela Lei da Ação Popular (princípio da tipicidade legal da ação popular).³⁵³

³⁴⁹ Não são raras as críticas no sentido de que a ação popular pode servir como ‘arma de arremesso’, designadamente para obter dividendos políticos, concretizar vinganças pessoais e ajustar conflitos de vizinhança, ou mesmo como forma de obter contrapartidas menos lícitas. Nesse sentido:

³⁵⁰ O legislador brasileiro preocupou-se mais claramente com essa questão ao estabelecer, no art. 13 da Lei n.º 4717/65, uma sanção para o autor que age de má-fé: “A sentença que, apreciando o fundamento de direito do pedido, julgar a lide manifestamente temerária, condenará o autor ao pagamento do décuplo das custas”.

³⁵¹ É exatamente para essas situações de simulação do litígio que o Código de Processo Civil Português, em seu art. 665, assim preceitua: “Quando a conduta das partes ou quaisquer circunstâncias da causa produzam a convicção segura de que o autor e o réu se serviram do processo para praticar um acto simulado ou para conseguir um fim proibido por lei, a decisão deve obstar ao objectivo anormal prosseguido pelas partes”.

³⁵² Art. 12º. Ação popular administrativa e ação popular civil. 1 – A ação popular administrativa pode revestir qualquer das formas de processo previstas no Código de Processo nos Tribunais Administrativos. 2 – A ação popular civil pode revestir qualquer das formas previstas no Código de Processo Civil.

³⁵³ Em 2014, a secção regional do Tribunal de Contas na Ilha da Madeira, aceitou a ação popular (Processo n.º 10-JRF/2014) que requeria o julgamento do presidente e dos restantes membros do governo da Madeira pela ocultação de dívidas dos institutos de Saúde e do Desporto. O juiz conselheiro da secção do Tribunal de Contas na Madeira, João Aveiro Pereira, em decisão datada de 11 de abril de 2014, concluiu que existiam nos autos “muitos fortes indícios de infracções financeiras sancionatórias graves que justificam amplamente a submissão a julgamento das correspondentes responsabilidades”. Uma auditoria concluiu que os institutos da Saúde e do Desporto haviam omitido dívidas de, respectivamente, 169,3 milhões de euros e 6,9 milhões, em 2010, o que fez com que o valor dos encargos não-pagos dos serviços autónomos fosse corrigido em alta para 353,2 milhões, atirando o total global da administração pública para 1.625 milhões, montante idêntico ao de todo o orçamento regional. Posteriormente, em 10 de julho de 2014, a juíza conselheira do Tribunal de Contas na Madeira, Laura Tavares da Silva, rejeitou a ação sob o argumento de que não há legitimidade ativa popular para a efetivação da responsabilidade financeira sancionatória. Prevaleceu, assim, o entendimento de que a Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, prevê “expressa e autonomamente apenas” duas modalidades de

Essa limitação, *a priori*, possui eiva de inconstitucionalidade. Ao elencar a “qualidade de vida” dentre os objetos da ação popular, a Carta Magna de Portugal alargou sobremaneira sua aplicação, não podendo a lei infraconstitucional dar a um instrumento de tamanha envergadura uma amplitude menor que aquela almejada pelo texto constitucional. Já foi demonstrado no Capítulo I deste trabalho que a corrupção funciona como elemento altamente corrosivo dos direitos fundamentais sociais, atentando, assim, diretamente contra a qualidade de vida da população de qualquer país, sobretudo os mais pobres (Item 2.3.1). Além disso, no mesmo capítulo foram apresentados vários argumentos no sentido de que o direito de viver em um ambiente livre de corrupção deveria figurar entre os direitos humanos, inclusive o de que é absolutamente impossível tratar de outros direitos humanos fundamentais, incluindo os direitos à saúde e à educação – os quais estão umbilicalmente ligados à qualidade de vida –, sem também tratar da corrupção (Item 2.3.2). Aliás, se os direitos fundamentais estão vinculados à qualidade de vida, quando a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia consagrou, em seu art. 41º, o direito fundamental a uma boa administração, automaticamente transportou para o objeto da ação popular portuguesa, inclusive, a tutela do direito que todas as pessoas têm de reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros (n.º 3 do citado artigo).

É possível reconhecer, pois, que a tutela da boa governança e do patrimônio público pode perfeitamente figurar como objeto da ação popular portuguesa, a qual, inclusive, pode funcionar para efeito de reparação dos danos causados por atos relacionados à má gestão pública e à corrupção. Vale acrescentar que, apesar de os *interesses ou direitos individuais homogêneos*³⁵⁴ não figurarem expressamente na legislação portuguesa, o art. 22 da Lei n.º 83/95, ao fazer distinção quanto à indenização derivada de uma ação popular, implicitamente os reconhece. O dispositivo em questão deixa expresso que a indenização será fixada globalmente quando se tratar de titulares não individualmente identificados (n.º 2 do art. 22) ou, a *contrario sensu*, será fixada individualmente, nos termos gerais da responsabilidade civil, quando os titulares do

ação popular: a *administrativa e a civil*, não havendo definição nem regulação dos termos de ação popular financeira. Interposto recurso ordinário, essa última decisão foi confirmada pela 3ª Secção do Tribunal de Contas, em 28 de janeiro de 2016 (PORTUGAL, Tribunal de Contas, Acórdão n.º 2/2016, 3ª Secção [disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2016/3s/ac002-2016-3s.pdf>, acesso em 25 de setembro de 2016]).

³⁵⁴ A lei brasileira (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990) deixa expresso que a defesa coletiva será exercida quando se tratar de *interesses ou direitos individuais homogêneos*, assim entendidos “os decorrentes de origem comum” (art. 81, parágrafo único, inciso III) e que as ações coletivas com esse objeto terão “efeito erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores”, especialmente no que tange à devida indenização (inciso III do art. 103).

direito puderem ser identificados (n.º 3 do art. 22), o que somente ocorre quando se está diante de direitos individuais homogêneos³⁵⁵.

A ação popular, no Brasil, está regulada no inciso LXXIII do art. 5º do texto constitucional, o qual deixa expresso que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

Em comparação com sua correspondente portuguesa, a ação popular brasileira é menos abrangente no que toca à legitimação, pois apenas os cidadãos, no gozo de seus direitos políticos, possuem legitimação para sua propositura. Por outro lado, possui objeto mais alargado, permitindo-se seja nela formulado pedido direcionado não apenas à anulação de ato lesivo ao patrimônio público, mas também ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural e, principalmente, à *moralidade administrativa*, independentemente de ocorrência de prejuízo econômico:

Pode-se falar em *legalidade* ou *ilegalidade moral* quando desrespeitados os princípios da moralidade administrativa por ato (comissivo ou omissivo) dos agentes administradores da coisa pública, o que já traz embutida em si, lesão ao patrimônio moral, que se constitui como expressão de todos os princípios e valores éticos que devem pautar a forma de atuação do administrador público. Daí ser a moralidade administrativa, perante a nova ordem constitucional brasileira, categoria *autônoma* no controle jurisdicional dos atos da administração pública via ação popular.³⁵⁶

Aliás, mesmo antes da Constituição Federal de 1988, a própria Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular brasileira, já admitia a invalidação de atos administrativos praticados por agentes da administração direta e indireta, tanto nos casos de lesão pecuniária como nos de lesão a bens imateriais de difícil ou impossível conversão em valores econômicos.

³⁵⁵ Nessa linha, o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão paradigmático datado de 23 de setembro de 1997, ao analisar o direito de reparação de danos causados ao consumidor por incumprimento de contrato, reconheceu expressamente que “[o] artigo 1.º da Lei n. 83/95, de 31 de Agosto, abarca não só os interesses difusos, mas também os interesses individuais homogêneos” (Ac. do STJ de 23-09-1997, proc. n.º 97B503, Rel. Miranda Gusmão). A doutrina majoritária também defende que os direitos individuais homogêneos podem ser objeto de ação popular – neste sentido: ANTÔNIO, “A Ação Popular e a Lesão dos Bens Ambientais”, in *Lusitana Revista de Ciência e Cultura*, n.ºs 1 e 2, 2002, p. 373; ANDRADE, *A Justiça Administrativa*, 11ª ed., Lisboa, Almedina, 2011, p. 264, nota 715; FÁBRICA, “A Ação Popular já não é o que era”, in *CJA*, n.º 38, Mar/Abr 2003, pp. 49 e ss. Contra, defendendo que a LAP apenas tutela os interesses difusos: CADILHA/AROSIO DE ALMEIDA, *Comentário ao Código de Processo dos Tribunais Administrativos*, 3ª ed., Lisboa, Almedina, 2010, pp. 72-73.

³⁵⁶ ALMEIDA, *Manual das ações constitucionais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007, p. 405. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro também se orienta no sentido de que a própria ilegalidade do ato praticado configura lesividade ao erário, sendo legítima a interposição da ação popular. Nesse sentido: BRASIL, STF, Primeira Turma, AI n.º 745.203 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 23/06/2015, DJe publicado em 06/08/2015.

A demonstração da lesividade econômica ou material, desse modo, não configura requisito para a propositura da ação popular, até para que o Microsistema Brasileiro de Combate à Corrupção possa guardar uma coerência interna lógica, eis que, como já demonstrado, é perfeitamente admissível a ocorrência de atos de improbidade administrativa tipificados na Lei n.º 8.429/92 (Capítulo II, Item 4.2) e também atos lesivos à Administração Pública nacional e estrangeira capitulados na Lei n.º 12.846/2013 (Capítulo III, Item 2.5), sem que ocorra, concomitantemente, prejuízo ao erário.

Do mesmo modo como acontece na homóloga portuguesa, o Ministério Público também funcionará como órgão interveniente em todas as ações populares, podendo assumir a titularidade ativa em caso de desistência ou abandono por parte do autor, conforme previsão contida no art. 9º da Lei n.º 4.717/65³⁵⁷.

Por fim, é importante consignar que, também no Brasil, o legislador se preocupou com a proteção da boa-fé na propositura das ações populares, as quais não apenas se submetem ao rigoroso controle do Ministério Público, mas também do próprio Poder Judiciário, podendo o proponente, ao final, ser condenado no pagamento do décuplo das custas caso a lide seja julgada manifestamente temerária, na forma do art. 13 da Lei n.º 4.717/65.

4.4 O microsistema legislativo brasileiro de prevenção e combate à corrupção

O Brasil, como demonstrado, possui com um grande conjunto normativo anticorrupção que envolve não apenas a descrição de condutas ilícitas, mas também a aplicação de sanções de natureza penal e administrativa a agentes públicos dos três Poderes da União e a particulares. Pode afirmar-se, inclusive, que, ante a sua gravidade, uma única conduta relacionada à corrupção, considerada aqui a expressão em seu sentido mais amplo, pode dar ensejo à incidência simultânea de várias normas de caráter repressivo, tanto no âmbito penal quanto no âmbito administrativo.

A Constituição Federal é o fundamento de validade de todas essas normas, tanto pelo critério de sua formação como na verificação de sua conformidade com os princípios e garantias constitucionais no momento de sua aplicação. Assim, se a Carta Magna prevê, no *caput* de seu

³⁵⁷ Art. 9º da Lei n.º 4.717/65. Se o autor desistir da ação ou der motiva à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.

art. 37, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência como princípios fundamentais da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, é óbvio que esses princípios devem orientar todas as normas que tratam dos ilícitos que podem ser praticados contra a Administração Pública, sejam elas de que natureza forem.

Fica claro, assim, que nenhuma lei pode ser interpretada e aplicada isoladamente, mas sim dentro do subsistema do qual faz parte, pois, nos termos da lição de Fábio Medina Osório,

A interpenetração entre ordenamentos do direito é uma realidade extremamente veloz e inevitável, deslocando critérios formais que, tradicionalmente, reclamavam primazia. O que dita a funcionalidade do direito é um conjunto dinâmico de fatos ligados ao mercado judicial, mercado administrativo, mercado privado e todas as poderosas interfaces com outros tantos múltiplos mercados paralelos ou emergentes. Tais espaços se condicionam por valores sociais, culturais, econômicos e institucionais bastante velozes, interferindo na produção normativa legislada, judicializada ou administrativa. Os instrumentos postos à disposição dos atores vão desde dispositivos abstratos, redigidos na Constituição, nas leis e nos diplomas administrativos, até a jurisprudência judicial e administrativa, passando pela infinita doutrina, com toda a sua criatividade inovadora.³⁵⁸

A existência de uma aproximação entre o direito administrativo sancionador e o direito penal, em se tratando de combate à corrupção em sentido amplo, não pode ser negada, pois é vasto o arsenal legislativo brasileiro: além do próprio Código Penal e do Código de Processo Penal, também devem ser consideradas a Lei Complementar n.º 64/1990 (estabelece os casos de inelegibilidade de agentes políticos), o Decreto n.º 1.171/1994 (Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal), a Lei n.º 4.898/1965 (Lei de Abuso de Autoridade), a Lei n.º 1.079/1950 (Lei dos Crimes de Responsabilidade), o Decreto-Lei n.º 201/1967 (Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores), a Lei n.º 8.112/1990 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Federais), a Lei n.º 8.027/1990 (Código de Conduta dos Servidores Públicos Federais), a Lei Complementar n.º 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal)³⁵⁹, a Lei n.º 10.257/2001 (Estatuto da Cidade)³⁶⁰, o Decreto n.º 7.203/2010 (vedação ao nepotismo), a Exposição de Motivos n.º 37/2000 (Código de Conduta da Alta Administração Federal), o

³⁵⁸ OSÓRIO, *Teoria da improbidade administrativa – má gestão pública – corrupção – ineficiência*, op. cit., pp. 194-195.

³⁵⁹ Art. 73 da LC n.º 101/2000. As infrações dos dispositivos desta Lei Complementar serão punidas segundo o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); a Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950; o Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967; a Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992; e demais normas da legislação pertinente.

³⁶⁰ Art. 52 da Lei n.º 10.257/2001. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, quando: I – (VETADO); II – deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público, conforme o disposto no § 4º do art. 8º desta Lei; III – utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no art. 26 desta Lei; IV – aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no art. 31 desta Lei; V – aplicar os recursos auferidos com operações consorciadas em desacordo com o previsto no § 1º do art. 33 desta Lei; VI – impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 desta Lei; VII – deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 3º do art. 40 e no art. 50 desta Lei; VIII – adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos arts. 25 a 27 desta Lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao de mercado.

Decreto n.º 4.081/2002 (Código de Conduta Ética dos Agentes Públicos em Exercício na Presidência e Vice-Presidência da República) e a Lei n.º 8.443/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União).

Ora, se todas essas normas são esculpidas a partir da Constituição Federal e possuem o mesmo objetivo, é fundamental o reconhecimento da existência de um microssistema brasileiro de prevenção e combate à corrupção, ou seja, de uma instrumentalização harmônica dos diversos diplomas legais destinados ao trato específico da corrupção *lato sensu*, cuja amplitude e peculiaridades exigem interpretação e aplicação conjunta de seus comandos, sem apego a classificações puramente formais ou abstratas, em prol de uma unidade e de uma harmonia normativa. Claus-Wilhelm Canaris, ao justificar a necessidade de um pensamento sistemático no campo da ciência do Direito, registra que

[...] a ideia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização. Acontece ainda que outro valor supremo, a segurança jurídica, aponta na mesma direção.³⁶¹

É essa segurança jurídica que impõe que os diversos diplomas legais anticorrupção sejam intercambiantes entre si, em um sistema de *cross-fertilization* hermenêutico e legislativo, até porque, em muitos casos, diferentes normas descrevem condutas praticamente idênticas, sem qualquer distinção ontológica entre os diversos ilícitos administrativo, civil, penal e político, a não ser para atribuir sanções de naturezas diversas para o mesmo ato de corrupção. Assim, por exemplo, deve ser interpretada de modo unívoco a expressão “vantagem indevida”, seja como elemento do ato ilícito do Código Penal (arts. 317 e 333), da Lei de Defesa da Probidade Administrativa (art. 9º, *caput*), da Lei Anticorrupção Empresarial (art. 5º, inciso I), do Decreto n.º 1.171/1994 (Capítulo I, inciso XIV, alínea “i” do Anexo) e de quaisquer outros diplomas legais que compõem o microssistema. Isso é fundamental, até porque ainda existe certa discussão doutrinária acerca da necessidade (ou não) de vinculação dessa vantagem a um conteúdo econômico ou patrimonial.³⁶²

³⁶¹ CANARIS, *Pensamento sistemático e o conceito de sistema na ciência do direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 22.

³⁶² Guilherme de Souza Nucci, por exemplo, discorre sobre a expressão “vantagem indevida” nos seguintes termos: “pode ser qualquer lucro, ganho, privilégio ou benefício ilícito, ou seja, contrário ao direito, ainda que ofensivo apenas aos bons costumes. Entendíamos que o conteúdo da vantagem indevida deveria possuir algum conteúdo econômico, mesmo que indireto. Ampliamos nosso pensamento, pois há casos concretos em que o funcionário deseja obter somente um elogio, uma vingança ou mesmo um favor sexual, enfim, algo imponderável no campo econômico e, ainda assim, corrompe-se para prejudicar ato de ofício. Por vezes, já que a natureza humana é complexa para abarcar essas situações, uma vantagem não econômica pode surtir mais efeito do que se tivesse algum conteúdo patrimonial” (NUCCI, *op. cit.*, p. 1149). Essa discussão assume um relevo ainda maior diante da disposição constante do *caput* do art. 9º da Lei n.º 8.429/92, que deixa expressamente consignado que “constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida” – grifo nosso.

A importância dessa conclusão se consolida à medida que o ordenamento jurídico consagra a independência entre as instâncias penal, cível e administrativa, qualificando-se as respectivas sanções como respostas autônomas do Estado aos ilícitos praticados por agentes públicos e particulares. Assim, encontra-se diluída por toda a legislação brasileira uma série de dispositivos que permitem, salvo exceções, que o resultado do julgamento em uma determinada instância não repercuta em outra, inclusive com cumulação de sanções.³⁶³ Isso significa, em outras palavras, que não há nenhum obstáculo jurídico que impeça uma pessoa de responder, pela mesma conduta, a diversos processos – de natureza penal, cível ou administrativa – e sofrer diferentes sanções em cada um deles, sendo também possível que em determinado julgamento se decida pela aplicação de sanção e em outro não.

É interessante notar que a mesma segurança jurídica que gera a unidade desse microssistema também estabelece as exceções, exatamente para que ele possa funcionar com um mínimo de coerência interna:

Pode haver reflexos de uma instância sobre a outra, como o próprio Supremo Tribunal Federal ressalva no tocante às hipóteses de ‘inexistência material do fato, de negativa de sua autoria e de fundamento lançado na instância administrativa referente a crime contra a administração pública. Isto é, em que pese a autonomia das sanções administrativas e penais, associada à independência das instâncias, o reconhecimento judicial acerca da inexistência de autoria, da inocorrência material do fato ou da configuração das causas de justificação penal produzem efeitos na seara disciplinar administrativa e, logicamente, na esfera da improbidade, a qual também resulta contemplada por sanções administrativas.’³⁶⁴

Por força da integração que deve existir entre todas essas normas, o mesmo raciocínio também pode ocorrer no plano processual. Assim, por exemplo, um agente público pode ser judicialmente afastado do cargo que ocupa em uma ação penal ou em uma cível, quando a medida se fizer necessária à instrução processual (parágrafo único do art. 20 da Lei n.º 8.429/92) ou quando houver justo receio da utilização daquele cargo para a prática de atos ilícitos (inciso

³⁶³ Art. 125 da Lei n.º 8.112/1990. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si; Art. 935 do Código Civil. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal; Art. 66 do Código de Processo Penal. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato; Art. 67 do Código de Processo Penal. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: I – o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II – a decisão que julgar extinta a punibilidade; III – a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime; Art. 12 da Lei n.º 8.429/92. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: [...]; Art. 18 da Lei n.º 12.846/2013. Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial; Art. 30 da Lei n.º 12.846/2013. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I – ato de improbidade administrativa nos termos da Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, e II – atos ilícitos alcançados pela Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC instituído pela Lei n.º 12.462, de 4 de agosto de 2011; Art. 82 da Lei n.º 8.666/1993. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

³⁶⁴ OSÓRIO, “A inter-relação das decisões proferidas nas esferas administrativa, penal e civil no âmbito da improbidade”, in *Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos*, coord. M. C. MARQUES, et al., Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 100.

VI do art. 319 do Código Processo Penal)³⁶⁵. Certamente também devem ser levadas em consideração na aplicação da Lei n.º 12.846/2013, com as devidas adaptações, todo o acervo doutrinário e jurisprudencial já produzido em relação ao “acordo de leniência” da Lei n.º 12.529/2011 e à “colaboração premiada” da Lei n.º 12.850/2013. Ainda a título meramente exemplificativo, não pode ser descartada a tutela de urgência de indisponibilidade de bens prevista no art. 7º da Lei n.º 8.429/92 para o processo judicial afeto ao ressarcimento dos danos causados ao erário e à aplicação das sanções previstas na Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas.

Contra o argumento de ser inviável agrupar-se em um único microssistema normas de natureza penal e administrativa, vale o argumento de que todas elas possuem repercussão sancionatória, seja no âmbito do processo judicial sancionador ou do processo administrativo sancionador, além do que não existe nenhum óbice no sentido de que uma autoridade judiciária aplique uma sanção de natureza administrativa³⁶⁶. A própria Lei n.º 12.846/2013, aliás, deixa claro que, “[n]as ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa” (art. 20).

Vale ressaltar que a ideia de “microssistema” não é exclusiva da prevenção e do combate à corrupção, havendo que se falar, também, v.g., na existência de um microssistema de defesa do consumidor, um microssistema dos Juizados Especiais e em um microssistema de tutela coletiva. Em todos os casos, evidencia-se e caracteriza-se o *policentrismo* do direito contemporâneo, os vários centros de poder e a harmonização sistemática, com a Constituição ao centro prevalecendo sobre todos os demais estatutos que integram qualquer microssistema, em razão de ser ela o fundamento de validade formal e material do ordenamento jurídico.³⁶⁷

³⁶⁵ Fábio Medina Osório ainda descreve outras hipóteses de aplicação, apesar de não usar explicitamente essa expressão *microssistema*: “Somente o Código Penal e a legislação de mesma natureza enfocam a matéria das excludentes da ilicitude, da culpabilidade ou da imputação, mas, tratando-se de direito punitivo, principalmente de direito administrativo sancionador, é possível invocar, de modo análogo, o direito penal e o direito processual penal. Estamos diante de ilícitos administrativos e sanções de direito administrativo, e o regime jurídico imperante terá que ser chamado a intervir, dentro da perspectiva de equilíbrio entre os direitos fundamentais potencialmente em conflito” (OSÓRIO, *Teoria da improbidade administrativa – má gestão pública – corrupção – ineficiência*, op. cit., p. 203).

³⁶⁶ Nas palavras de Medina Osório: “Reconhece a doutrina, destarte, que existem ‘sanções administrativas jurisdicionais’, como ocorre, por exemplo, com algumas infrações cuja repressão compete diretamente aos Tribunais Administrativos franceses. Essas sanções administrativas jurisdicionizadas encontram respaldo no Direito Administrativo francês, berço da jurisdição dúplice, onde se assentam as raízes mais profundas do tradicional conceito de sanção associada às funções administrativas. Daí a importância de se perceber, numa linha história e de direito comparado, aberturas eloquentes às sanções de Direito Administrativo, com seus consectários lógicos e sistêmicos. Não há dúvidas de que o Direito francês repercute influências no Direito brasileiro, senão de modo uniforme, ao menos como referência teórica e histórica. Por tal razão, não é de se estranhar que o sistema jurídico nacional comporte alternativas idôneas. No Direito brasileiro está consagrada a ideia de que juízes podem impor sanções administrativas, ainda que no desempenho de atividades jurisdicionais, desde que habilitados pelo legislador. Não configura, portanto, elemento indissociável da sanção administrativa a figura da autoridade administrativa, visto que podem as autoridades judiciárias, de igual modo, aplicar essas medidas punitivas, desde que outorgada, por lei, a respectiva competência repressiva, na tutela de valores protegidos pelo Direito Administrativo” (OSÓRIO, *Direito Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 97).

³⁶⁷ DIDIER Jr./ZANETI Jr., *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*, 10ª ed., Salvador, Editora JusPodivm, 2016, p. 49.

Exatamente por isso, excepcionalmente, alguns dos institutos jurídicos que compõem um microssistema tem aplicação específica: o foro por prerrogativa de função, por exemplo, em razão de sua previsão estritamente constitucional, aplica-se única e exclusivamente às ações penais, não podendo ser disciplinado por lei infraconstitucional e, muito menos, deslocar a regra de competência originária de ações de natureza não-penal previstas no mesmo microssistema³⁶⁸.

³⁶⁸ Em sentido contrário: “Portanto, se ‘por vontade expressa do Constituinte, existe prerrogativa de foro para infrações penais que acarretam simples pena de multa pecuniária, não teria sentido negar tal garantia em relação às ações de improbidade, que importam, além da multa pecuniária, também a perda da própria função pública e a suspensão dos direitos políticos’. [...] Em outras palavras, se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum ou de responsabilidade, perante o Supremo Tribunal Federal, entender que tais agentes devem responder a processo assemelhado, ou de consequência assemelhada, perante o juiz de primeiro grau, não pode ser admitido” (MENDES, “A improbidade administrativa no Supremo Tribunal Federal”, in *Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos*, coord. M. C. MARQUES, et al., Rio de Janeiro, Forense, 2016, pp. 139-140).

CAPÍTULO III – INTEGRIDADE EMPRESARIAL

1 A CONTAMINAÇÃO DOS NEGÓCIOS PELA CORRUPÇÃO: FONTE DE LUCROS OU DE PREJUÍZOS PARA AS EMPRESAS?

1.1 O FCPA norte-americano

O capitalismo é, por definição, um funcionamento da sociedade baseado no respeito à propriedade privada, onde produção, oferta e preço são determinados pelos agentes econômicos para obtenção de lucro nas transações comerciais. Nas palavras de E. K. Hunt e Mark Lautzenheiser,

O capitalismo é caracterizado por quatro conjuntos de arranjos institucionais e comportamentais: produção de mercadorias, orientada para o mercado; propriedade privada dos meios de produção; um grande segmento da população que não pode existir, a não ser que venda sua força de trabalho no mercado; e comportamento individualista, aquisitivo, maximizador, da maioria dos indivíduos dentro do sistema econômico.³⁶⁹

Os norte-americanos, historicamente influenciados por uma fortíssima tendência capitalista, sempre trataram seus negócios, principalmente no plano transnacional, pela lógica da doutrina utilitarista, fundada pelo inglês Jeremy Bentham (1748-1832)³⁷⁰. Para o utilitarismo, a ética não pretende servir a um ideal, servindo simplesmente como um instrumento para se alcançar um determinado fim. No âmbito capitalista, a finalidade seria apenas e tão-somente “a procura de uma melhor imagem e de uma maior rentabilidade para a empresa”³⁷¹.

O utilitarismo aplicado aos negócios, entretanto, poderia funcionar – como de fato funcionou – como um fomento à corrupção.³⁷² O escândalo envolvendo a empresa norte-americana Lockheed Corporation e algumas autoridades japonesas, em meados da década de 1970, bem ilustra a questão. Naquela época, a empresa Lockheed, que comercializava aviões, empregava cerca de 25.000 pessoas produzindo o jato L-1011 TriStar, a maioria delas no sul da Califórnia, mas enfrentava sérios problemas financeiros em razão de reduções drásticas nas encomendas

³⁶⁹ HUNT/LAUTZENHEISER, *História do pensamento econômico* [Trad. André Arruda Villela, Rio de Janeiro, Elsevier, 2013], p. 30.

³⁷⁰ Michael J. Sandel, discorrendo sobre o utilitarismo, explica que “[s]ua ideia central é formulada de maneira simples e tem apelo intuitivo: o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor. De acordo com Bentham, a coisa certa a fazer é aquela que maximizará a utilidade. Como ‘utilidade’ ele define qualquer coisa que produza prazer ou felicidade e que evite a dor ou o sofrimento. Bentham chega a esse princípio por meio da seguinte linha de raciocínio: todos somos governados pelos sentimentos de dor e prazer. São nossos ‘mestres soberanos’. Prazer e dor nos governam em tudo que fazemos e determinam o que devemos fazer. Os conceitos de certo e errado deles advêm” (SANDEL, *op. cit.*, 2011, p. 48).

³⁷¹ MERCIER, *A ética nas empresas* [Trad. António Joaquim Esteves e Conceição Soares, Porto, Edições Afrontamento, 2003], p. 35.

³⁷² “Já tecemos considerações sobre duas objeções ao princípio da ‘maior felicidade’ de Bentham: ele não atribui o devido valor à dignidade humana e aos direitos individuais e reduz equivocadamente tudo que tem importância moral a uma única escala de prazer e dor” (SANDEL, *op. cit.*, p. 63).

de defesa na indústria aeroespacial, o que colocava em risco os empregos de seus funcionários. Por isso, optou por pagar alguns milhões de dólares para que autoridades japonesas influenciassem as companhias aéreas estatais japonesas, incluindo a “All Nippon Airways” (ANA), para comprar alguns Lockheed L-1011 TriStar ao invés do avião McDonnell Douglas DC-10, o que efetivamente acabou acontecendo. Posteriormente, em fevereiro de 1976, o vice-presidente da Lockheed confessou ao subcomitê do Senado americano que a empresa havia pago cerca de US\$ 3 milhões em propinas para que o primeiro-ministro japonês influenciasse o negócio. A justificava principal para o pagamento ilícito foi de que a empresa precisava salvar os 25.000 postos de trabalho na indústria aeronáutica no sul da Califórnia.³⁷³

Pela ótica utilitarista, o pagamento do suborno era uma *responsabilidade social da empresa*, não apenas tendo em vista o interesse de seus acionistas e executivos, mas principalmente de seus funcionários que corriam o risco de ficar desempregados. Ademais, nenhum ilícito estaria sendo cometido em território norte-americano e, assim, nenhum efeito nefasto seria produzido naquele país, sendo caso típico de “corrupção benévola”³⁷⁴.

Entretanto, na mesma época ainda veio à tona o escândalo de Watergate, um marco na história política dos Estados Unidos que não apenas provocou a única renúncia até hoje registrada à presidência daquele país, mas também abalou profundamente os americanos:

Em 1972, homens vestindo terno e gravata, usando luvas cirúrgicas e carregando milhares de dólares nos bolsos foram surpreendidos arrombando o escritório do Comitê Nacional do Partido Democrata, localizado no edifício Watergate, em Washington, capital dos Estados Unidos. Nas semanas seguintes, foi descoberto que o nome de um dos homens detidos constava da folha de pagamento do comitê de reeleição de Nixon. As matérias jornalísticas revelaram que Nixon fez um ‘caixa dois’ de campanha, ou seja, fundos com dinheiro não declarado, para financiar operações de espionagem aos democratas. Por meio da quebra de sigilo das conversas particulares de Nixon, a Comissão de Justiça concluiu que o Presidente sabia do plano das escutas eletrônicas e que havia tentado usar de sua influência para barrar as investigações sobre Watergate. Com isso, as autoridades acusaram Richard Nixon de tentativa de obstrução à justiça, abuso de poder e desacato de ordens judiciais. Em agosto de 1974, Richard Nixon renunciou ao cargo de presidente, tendo sido o primeiro e único presidente americano a fazê-lo.³⁷⁵

³⁷³ Cf. DRUCKER, “What is business ethics?”, in *The Public Interest*, National Affairs, n.º 63, Spring – 1981, pp. 18-36.

³⁷⁴ Vide Item 2.1 do Capítulo I. Robert Klitgaard também aponta as dificuldades de se punir o suborno transnacional sem que haja uma legislação eficaz, também de natureza transnacional, e cooperação jurídica internacional: “Quando o dirigente é de uma cultura e o agente de outra, surgem novos problemas. O dirigente pode carecer do poder de selecionar ou punir agentes de outro país que tenham incorrido em erro. As informações podem ser ainda mais difíceis de se obter e interpretar. As atitudes a respeito da corrupção e de seus ‘custos morais’ podem não coincidir. E, se um dos lados estiver jogando sujo, o outro terá pouca chance de não fazer o mesmo. Quando regras e punições mutuamente acordadas foram poucas e inaplicáveis – e quando assimetrias de informações forem particularmente pronunciadas –, os esforços anticorrupção podem reduzir-se a barganhar e negociar” (KLITGAARD, *A Corrupção sob Controle*, op. cit., p. 149).

³⁷⁵ MORAIS/BONACCORSI, “A colaboração por meio do acordo de leniência e seus impactos junto ao Processo Penal Brasileiro – Um estudo a partir da Operação Lava Jato”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais – Volume Especial, Operação Lava Jato*, Ano 24, Vol. 122, agosto de 2016, p. 99.

O fato é que a sucessão de escândalos de corrupção nacionais e internacionais repercutiu fortemente na sociedade americana. A lógica racional e utilitarista do livre mercado exigia um controle mais eficiente, o que fez com que o governo reagisse para regular aquela situação vexatória. Em pronunciamento realizado no Congresso Americano ano de 1975, o parlamentar Stephen J. Solarz, assim se manifestou:

A ética nos negócios parece ditar as normas sobre as quais as empresas devem conduzir seus assuntos. É verdadeiramente triste observar que a desculpa apresentada pela maioria das corporações é que outras nações se envolvem em suborno. A condução das operações comerciais por nações estrangeiras de uma forma moralmente pobre não é desculpa para os cidadãos americanos se engajarem em tais atividades escandalosas. [...] O que está em jogo aqui é, em uma série de aspectos significativos, a reputação de nosso país, e eu acho que nós temos a obrigação de estabelecer um padrão de honestidade e integridade em nossos negócios, não só em casa, mas também no exterior, que será uma baliza para a luz de integridade no resto do mundo.³⁷⁶

Foi nesse contexto que surgiu a principal lei de combate à corrupção americana, o *Foreign Corrupt Practices Act – FCPA* –, sancionada em 1977 (e emendada em 1988 e 1998), ou seja, trinta e seis anos antes da correspondente lei brasileira. De modo geral, pode-se dizer que o FCPA regula o seguinte: a) a tipificação penal, de modo a proibir pessoas físicas e jurídicas de *subornar* funcionários públicos estrangeiros para efeito de obter vantagens em seus respectivos negócios; b) as disposições legais sobre livros e registros contábeis, as quais impõem não apenas a manutenção de dados precisos, mas também um sistema de controle interno da contabilidade; c) a proibição de falsificar os livros e registros e de burlar o sistema de controle interno da empresa ou de falhar na sua implementação; d) as penas e multas aplicáveis aos infratores. É importante destacar que o FCPA sanciona exclusivamente os crimes de corrupção praticados no exterior, sendo a repressão da corrupção interna tratada em outros diplomas legais norte-americanos.

Fica claro, assim, que a *extraterritorialidade* é a característica central do FCPA, de modo que mesmo um ato praticado no Brasil poderá também ser considerado ilícito nos Estados Unidos, ainda que nenhuma conduta tenha sido realizada neste país. Se a legislação brasileira também caracterizar aquele ato como ilícito, poderá, inclusive, haver punição nos dois países.

Havendo violação de qualquer das regras do FCPA, a competência para o processo administrativo e, se for o caso, para a aplicação das multas, é da *SEC – Securities and Exchange Commission*.

³⁷⁶ KOEHLER, “The Story of the Foreign Corrupt Practices Act”, *Ohio State Law Journal*, Vol. 73, No. 5, 2012, p. 943 [disponível em <http://ssrn.com/abstract=2185406>, acesso em 3 de julho de 2016].

As sanções previstas no FCPA podem ser aplicáveis tanto às empresas envolvidas como também aos empregados que praticaram a conduta propriamente dita. Assim, no âmbito criminal, os indivíduos podem sofrer penas de vinte anos de prisão e multa de até 5 milhões de dólares ou, então, o dobro do valor bruto do ganho ou da perda, a qual deverá ser paga por eles próprios, vedado o pagamento pela empresa. Já em relação às empresas, a multa pode chegar a 25 milhões de dólares ou, da mesma forma, o dobro do valor bruto do ganho ou da perda.³⁷⁷

Assim, além do sistema de responsabilização local, é possível ainda que, em determinadas situações, a lei federal americana seja aplicável a atos praticados por uma determinada empresa ou seus empregados no Brasil, em Portugal ou em qualquer país do mundo, bastando, para tanto, que a pessoa jurídica envolvida possua papéis negociados em bolsa nos Estados Unidos ou seja subsidiária de companhias emissoras.

Nessa hipótese poderão ocorrer duas investigações independentes – uma no país onde foi praticado o ilícito e outra nos Estados Unidos –, não sendo incomum em casos tais a cooperação jurídica internacional e sem que se possa falar, em caso de condenações em ambos os países, em *bis in idem*.

O fato é que, atualmente, diante de inúmeros casos de falência, processos com aplicação de multas milionárias e prisão de executivos, o empresariado americano se viu obrigado a renunciar parte de sua autonomia para se submeter a uma fiscalização e um controle dentro das próprias empresas.

1.2 Origens da Convenção sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais da OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (1997)

³⁷⁷ § 78ff. Penalidades. (a) Violações deliberadas; declarações falsas e enganosas. Toda pessoa que deliberadamente violar qualquer cláusula deste capítulo (além da seção 78dd-1 deste título) ou qualquer regra ou regulamento em função do mesmo, cuja violação seja considerada ilícita ou cujo cumprimento seja exigido nos termos deste capítulo, ou toda pessoa que deliberadamente e sabidamente fizer ou levar alguém a fazer qualquer declaração em uma proposta, relatório ou documento que tenha que ser apresentado nos termos deste capítulo ou qualquer regra ou regulamento em função do mesmo ou qualquer empreendimento contido em uma declaração de registro, conforme previsto na subseção (d) da seção 78º deste título, ou por qualquer organização autorregulada em conexão com uma proposta de filiação ou participação na mesma ou para se associar com um membro da mesma, cuja declaração for falsa ou enganosa com respeito a qualquer fato relevante, deverá, quando da condenação, ser multada em não mais do que \$5.000.000, ou encarcerada por não mais do 20 anos, ou ambos, exceto que, se se tratar de outra pessoa além de uma pessoa física, uma multa de não mais do que \$25.000.000 poderá ser imposta; entretanto, nenhuma pessoa ficará sujeita a encarceramento, nos termos desta seção, por violação de uma regra ou regulamento, se provar que não tinha nenhum conhecimento de tal regra ou regulamento.

Em tempos de mundo globalizado, não são incomuns situações em que a corrupção rompe as fronteiras de um país – empresas estrangeiras subornam funcionários públicos locais para facilitar os seus negócios ou são extorquidas por esses funcionários, ou até mesmo as duas coisas ao mesmo tempo.

Por mais incrível que isso possa parecer, até bem pouco tempo atrás alguns países, atentos ao fomento de suas exportações, até estimulavam essa atividade: a Alemanha, por exemplo, admitia até que os custos com o suborno internacional em países onde suas empresas tinham ou pretendiam possuir negócios fossem contabilizados para efeito de dedução de impostos como *gastos de facilitação*³⁷⁸. Alessandra Gonsales explica que

Na prática, isso colocava as empresas norte-americanas, regidas pelo FCPA, em franca desvantagem na competição com as empresas de outros países – principalmente as europeias – na hora de brigar por contratos governamentais fora do primeiro mundo. E os acionistas das empresas norte-americanas estavam sendo prejudicados, porque as regras de livre concorrência estavam, de fato, sendo violadas.³⁷⁹

Os Estados Unidos, então, fazendo valer o seu poderio econômico e a capacidade de mobilização política de suas autoridades, passaram a pressionar³⁸⁰ fortemente a OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico³⁸¹ –, a fim de que fosse estabelecida uma padronização mundial em torno da regulação do combate à corrupção transnacional, inclusive para evitar o fenômeno conhecido como *race to the bottom*³⁸². Se apenas o Estado tem o poder legítimo para o uso da força e da coerção, inclusive com punição pecuniária, caberia então ao setor público a responsabilidade de prover o bom ambiente

³⁷⁸ CARVALHO, “Legislação anticorrupção no mundo: análise comparativa entre a Lei Anticorrupção Brasileira, o *Foreign Corrupt Practices Act* norte-americano e o *Bribery Act* do Reino Unido”, in *Lei Anticorrupção*, org. SOUZA, et al., Salvador, JusPodivm, 2015, p. 37.

³⁷⁹ GONSALES, *op. cit.*, p. 8.

³⁸⁰ “Nesse sentido, o combate à corrupção de funcionários estrangeiros enfrenta a mesma dificuldade que, há séculos, enfrentou a abolição do tráfico de escravos. A comparação é inevitável: é que tanto a escravidão internacional como a corrupção de funcionários estrangeiros são práticas extremamente sedutoras na ótica econômica, porque são imediatamente bastante rentáveis para seus autores. Mais do que isso, constituem práticas que, à sua época, estavam mais ou menos arraigadas no âmbito do comércio transnacional. Em ambos os casos, por pressões essencialmente políticas emanadas de certos estados fortes (a Inglaterra, no caso da escravidão; os Estados Unidos, no caso da corrupção), mascaradas pelo discurso de proteção contra a degradação de bens jurídicos essenciais, deixaram de ser encaradas como práxis, passando a configurar ilícitos graves. E, em ambos os casos também, o sucesso do novo tratamento dependeu não só da criminalização das condutas, mas das pesadas perdas econômicas impostas aos autores (na escravidão, a frustração da venda dos escravos, a perda dos navios e os prêmios oferecidos em favor de quem colaborasse na caça aos navios negreiros, especialmente em alto-mar; na corrupção, as severas sanções pecuniárias). Talvez apenas uma diferença de marcos temporais: o consenso sobre a abolição do tráfico internacional de escravos antecedeu à abolição oficial da escravidão no âmbito interno de diversos países (oficiosamente, contudo, escravidão e práticas análogas permanecem uma realidade ainda nos dias de hoje); quanto ao combate à corrupção de funcionários estrangeiros, trata-se de uma etapa posterior ao enfrentamento da corrupção dos funcionários vinculados ao próprio Estado” (BAPTISTA, “Dilemas e boas práticas do modelo multijurisdicional no combate a ilícitos transfronteiriços: algumas pautas para a aplicação da Lei n.º 12.846/2013”, in *Lei Anticorrupção e temas de compliance*, 2ª ed, org. SOUZA, et al., Salvador, JusPodivm, 2017, p. 105).

³⁸¹ A OCDE surgiu em 1948 para executar o denominado “Plano Marshall”, concebido a partir de financiamento dos Estados Unidos para a reconstrução da Europa devastada pela Segunda Guerra Mundial.

³⁸² “Ao se exigir de diferentes países a adoção de legislação relativamente uniforme sobre a corrupção transnacional, pretendia-se também evitar que empresas de determinados países fossem economicamente beneficiadas por não terem que se sujeitar às medidas anticorrupção impostas apenas em alguns mercados, o que poderia, inclusive, ocasionar uma corrida para que países atraíssem investimentos a partir de políticas de enfraquecimento da legislação anticorrupção, num fenômeno conhecido como *race to the bottom*” (CARVALHO, “Legislação anticorrupção no mundo: análise comparativa entre a Lei Anticorrupção Brasileira, o *Foreign Corrupt Practices Act* norte-americano e o *Bribery Act* do Reino Unido”, *op. cit.*, p. 38).

internacional de negócios. O objetivo central dos norte-americanos, assim, era garantir a segurança jurídica, pois a preservação da livre concorrência e o aumento dos ganhos sociais serão tanto maiores quanto melhores e mais previsíveis forem as regras e menor for o custo público e privado de sua aplicação.

Vem daí a celebração da Convenção Anticorrupção da OCDE, de 17 de dezembro de 1997, a qual possui o mérito de ser o primeiro e, até à presente data, o único instrumento internacional anticorrupção centrado no “lado da oferta” da operação de pagamento de vantagens ilícitas a servidores públicos. Tal convenção assume considerável importância para o desenvolvimento do presente trabalho porque, além dos trinta e quatro países membros da OCDE – dentre eles Portugal –, outros sete, inclusive o Brasil, adotaram tal convenção. Os países signatários são responsáveis por dois terços das exportações e por três quartos dos investimentos estrangeiros mundiais, de modo que tal convenção representa um dos principais instrumentos capazes de reduzir os níveis de corrupção internacional.

Incentivados pelo sucesso dessa investida e pela perspectiva de levar o seu trabalho à frente em um plano global, os Estados Unidos e o Canadá se juntaram aos membros da OPEP (Organização dos Países Exportadores de Petróleo) e formataram a nova Convenção da OCDE, que entrou em vigor em 30 de setembro de 1961. Atualmente, a Organização é composta por 34 Países-membros de todo o mundo, dentre eles Portugal³⁸³, os quais respondem por 80% dos investimentos e do comércio mundial, assumindo, assim, um papel fundamental na resposta aos desafios enfrentados pela economia global.

O objetivo central da OCDE é auxiliar os governos a promover a prosperidade e combater a pobreza pela via do crescimento econômico e da estabilidade financeira. Para tanto, o trabalho da OCDE tem por base o acompanhamento contínuo de eventos ocorridos principalmente entre os Países-membros e “parceiros-chave”, com projeções regulares da evolução econômica a curto e médio prazo. As discussões na OCDE podem evoluir, por vezes, para negociações de cooperação internacional, culminando com a celebração de acordos formais entre os países, como aconteceu, por exemplo, em relação ao combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais.

³⁸³ O Brasil, ao lado da Índia, Indonésia, China e África do Sul, é considerado, desde 2007, “parceiro-chave”, contribuindo para o trabalho da OCDE de uma forma sustentada e abrangente.

O problema decorrente do pagamento de vantagens ilícitas a funcionários públicos estrangeiros foi um tema inicialmente tratado pelo Grupo de Trabalho da OCDE sobre Suborno em Transações Comerciais Internacionais, sendo que, em 1994, o trabalho desse Grupo serviu de base para o primeiro acordo multilateral relacionado ao combate ao suborno de servidores estrangeiros. No ano seguinte, a OCDE baixou recomendação sobre a dedução de impostos de subornos de funcionários públicos estrangeiros e, em 17 de dezembro de 1997, foi firmada pelos Países-membros da OCDE, em Paris, a “Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais”, à qual se somaram, à época, Brasil, Argentina, Bulgária, Chile e República Eslovaca. Posteriormente, Colômbia (janeiro de 2013) e Letônia (maio de 2014) também ratificaram a Convenção Anticorrupção da OCDE, a qual, atualmente, totaliza 41 países signatários. Em vigor desde 15 de fevereiro de 1999, a Convenção representa o ápice dos esforços empreendidos no sentido de ser aprovado um instrumento internacional vinculativo nessa matéria e aponta para um ambiente de negócios mais competitivo e sustentável. Veio, assim, inaugurar uma nova era no combate à corrupção, eis que passou a envolver como destinatárias das normas convencionais de Direito Internacional, de forma inequívoca e com especial relevância jurídica, as entidades transnacionais de caráter empresarial privado (com personalidade jurídica internacional).

A Convenção assume especial relevância porque, a partir do reconhecimento pelos países mais desenvolvidos de que a corrupção de agentes públicos estrangeiros produz efeitos adversos também nos países destinatários (normalmente países em desenvolvimento) das relações comerciais internacionais, as empresas passaram a ser consideradas importantes atores no combate à corrupção.

A Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais trata, majoritariamente, da adequação da legislação dos Estados signatários às medidas necessárias à prevenção e combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros no contexto do comércio internacional. Desta forma, a Convenção determina que os Estados signatários criminalizem o oferecimento, a promessa ou a concessão de vantagem indevida, pecuniária ou de qualquer outra natureza, a funcionário público estrangeiro que, direta ou indiretamente, por meio de ação ou omissão no desempenho de suas funções públicas, realize ou dificulte transações na condução de negócios internacionais.

No sentido de dar efetividade aos termos da Convenção, vale mencionar que, independentemente da nacionalidade, qualquer indivíduo ou entidade que cometa atos de

suborno de funcionário público estrangeiro no território de um Estado signatário da Convenção da OCDE estará sujeito às proibições nela estabelecidas. A Convenção da OCDE dispõe, ainda, sobre as normas tributárias e de contabilidade, inclusive com previsão da proibição de “caixa dois” e de operações inadequadamente explicitadas. Além disso, determina a proibição de quaisquer operações que facilitem a ocultação da corrupção de funcionários públicos estrangeiros, tais como os registros de despesas inexistentes e o lançamento de obrigações com explicitação inadequada de seu objeto ou o uso de documentos falsos por empresas com o propósito de corromper os funcionários públicos. Para garantir a efetividade dessas vedações, a Convenção estabelece que cada Estado Parte deverá cominar sanções civis, penais e administrativas pelas omissões e falsificações em livros e registros contábeis, contas e declarações financeiras.

Um dos pontos mais importantes da Convenção da OCDE, inclusive para efeito deste trabalho, envolve a responsabilidade das pessoas jurídicas pela prática de suborno transnacional. Seu texto estabelece normas juridicamente vinculativas para os países signatários no sentido de criminalizar a conduta de oferecer, prometer ou doar vantagem pecuniária ou de outra natureza indevida a um funcionário público estrangeiro, direta ou indiretamente, no intuito de que, por meio de ação ou omissão no desempenho de suas funções oficiais, esse funcionário realize ou dificulte transações ou obtenha outras vantagens ilícitas na condução de negócios internacionais. Prevê, ainda, a responsabilização de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro e a necessidade de sanções não penais dissuasivas nos casos em que o ordenamento jurídico do país não admitir a sanção penal das pessoas jurídicas.

Até a presente data, de acordo com a própria OCDE, dos 41 países signatários da Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, apenas a Argentina ainda não reconheceu qualquer tipo de responsabilidade (penal, civil ou administrativa) para as pessoas jurídicas. Em 12 países (Brasil, Bulgária, Colômbia, Alemanha, Grécia, Itália, Letônia, México, Polônia, Rússia, Suécia e Turquia), a previsão de responsabilidade para as pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro é apenas de natureza não-penal. Os demais 28 signatários da Convenção da OCDE reconhecem a responsabilidade penal das pessoas jurídicas por ilícitos dessa natureza, mas, mesmo nesses países, há variações entre seus respectivos ordenamentos jurídicos sob esse aspecto.

Face à percepção de que “todo e qualquer progresso neste domínio exige não apenas os esforços de cada um dos países, mas também uma cooperação, uma vigilância e um acompanhamento a nível mundial”, como reconhecido no preâmbulo da Convenção, tornou-se necessário envolver os Estados Partes na Convenção com vista à implementação de um programa de fiscalização e de acompanhamento sistemático para promover a plena aplicação deste instrumento (art. 12º). Assim, para efeito de implementação do referido programa de fiscalização e de acompanhamento sistemático e com base no *princípio peer pressure*, foi criado o Grupo de Trabalho da OCDE sobre a Corrupção nas Transações Comerciais Internacionais (GTC), o que fez com que os Estados Partes na Convenção, incluindo Brasil e Portugal, ficassem sujeitos a uma avaliação pelos seus próprios pares.

Talvez o principal mérito dessa convenção esteja na previsão contida em seu art. 2º, que prevê que “[c]ada uma das Partes tomará as medidas necessárias, em conformidade com os seus princípios jurídicos, para fixar a responsabilização das pessoas jurídicas³⁸⁴ em caso de corrupção de um agente público estrangeiro”. Foi essa disposição que forçou, em Portugal, a edição da Lei n.º 20, de 21 de abril de 2008, que criou “o novo regime penal de corrupção no comércio internacional e no sector privado”, e, no Brasil, a Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispôs sobre “a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”.

1.3 Implementação da Convenção da OCDE nos sistemas penais brasileiro e português

1.3.1 Alterações introduzidas pela Lei n.º 10.467/2002 no Brasil

A Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais foi ratificada pelo Brasil em 15 de junho de 2000 e passou a vigorar no ordenamento jurídico nacional por força do Decreto n.º 3.678, de 30 de novembro de 2000. Assim, diante dos compromissos internacionalmente assumidos, o Brasil promulgou a Lei n.º 10.467, de 11 de janeiro de 2002, que acrescentou o Capítulo II-A, “Dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira”, ao Título XI do Código Penal.

³⁸⁴ “Pessoas colectivas”, segundo a legislação portuguesa.

Com isso, passou a constar no Código Penal a definição de *funcionário público estrangeiro* para fins penais (art. 337-D), tipificou-se a corrupção ativa em transações comerciais internacionais (art. 337-B) e o tráfico de influência em transações comerciais internacionais (art. 337-C), sendo tais crimes, ainda, incluídos no antigo rol dos crimes antecedentes de lavagem de dinheiro.³⁸⁵

De acordo com o art. 337-D do Código Penal Brasileiro, “[c]onsidera-se funcionário público estrangeiro, para os efeitos penais, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro”, e, além disso, “[e]quipara-se a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais”.

A definição em questão procurou aproximar-se do conceito de funcionário público previsto no *caput* e no § 1.º do mesmo Código Penal Brasileiro, que tem sido interpretado de forma muito ampla pelos tribunais e pela doutrina brasileiros, para cobrir qualquer pessoa que exerça, de qualquer forma, uma função pública.

Assim, como a definição no art. 337-D, em grande parte, corresponde à do art. 327, será ela suficiente para cobrir todos os agentes que prestam serviços ao Estado, incluindo Magistrados, membros do Ministério Público, membros do Congresso Nacional e funcionários do alto escalão governamental. Além disso, os funcionários de empresas paraestatais também estariam incluídos no significado em razão da utilização, no § 1.º do art. 327, da expressão “indiretamente”, sendo que o dispositivo abrangeria até mesmo organizações sociais, conforme vem afirmando a jurisprudência brasileira.³⁸⁶

Podem surgir dúvidas, entretanto, quanto ao perfeito enquadramento no conceito do art. 337-D do Código Penal em relação a uma pessoa que exerça uma função pública para uma

³⁸⁵ Inciso VIII do art. 1.º da Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998, posteriormente revogado pela Lei n.º 12.682, de 9 de julho de 2012, que tornou mais eficiente a persecução penal do crime de lavagem de dinheiro ao eliminar o rol de crimes antecedentes necessários à sua tipificação.

³⁸⁶ A Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n.º 1.519.662/DF, também de minha relatoria, com julgamento concluído em 18 de agosto do corrente ano, à unanimidade, assentou entendimento de que “o conceito de entidades paraestatais existente no § 1.º do art. 327 do Código Penal contempla as chamadas Organizações Sociais, estas previstas no âmbito federal pela Lei n.º 9.637/98 e na órbita distrital pela Lei n.º 2.415/99”, de maneira que, levando em conta que “o ICS foi qualificado como Organização Social pelo artigo 19 da Lei Distrital n.º 2.415/99, tem-se que seus dirigentes são equiparados a funcionários públicos para os efeitos penais, submetendo-se às sanções direcionadas aos crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública em geral, em razão da norma extensiva prevista no § 1.º do artigo 327 do Código Penal, que equipara a funcionário público, todo o agente que exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal”. [...] (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1459388/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016).

organização pública internacional, tal como exigido pelo art. 1(4)(a) da Convenção.³⁸⁷ Além disso, o dispositivo não trouxe definições para os termos “função pública”, “autoridade pública”, “órgãos do Estado”, “país estrangeiro” e “organizações públicas internacionais”, o que também poderia gerar, *a priori*, alguma dificuldade hermenêutica.

No entanto, como a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais produz efeitos no Brasil não apenas como parte integrante do ordenamento jurídico, mas também como fonte de interpretação, os tribunais poderão usar as próprias definições contidas na Convenção como ferramentas interpretativas, a fim de determinar o alcance dos termos em questão. Ademais, a própria exposição de motivos da Lei n.º 10.467, de 11 de janeiro de 2002, que acrescentou os arts. 337-B a 337-D ao Código Penal, declarou explicitamente que o objetivo da alteração era o de implementar a Convenção da OCDE.

O art. 337-B do Código Penal brasileiro tipificou o crime de corrupção ativa em transação comercial internacional, com a seguinte redação: “Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional: Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa”. O parágrafo único ainda prevê que a pena será aumentada de 1/3 (um terço) se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Tal como exigido pelo art. 1(1) da Convenção da OCDE³⁸⁸, o tipo penal do art. 337-B incluiu expressamente os verbos nucleares “prometer”, “oferecer” ou “dar”, tornando-o, inclusive, mais completo do que o próprio art. 333 do Código Penal que, conforme já demonstrado, por uma lacuna em sua redação, não contempla o verbo “dar” e, por isso, em muitas situações, é fator gerador de impunidade. Rogério Greco explica a maior abrangência do tipo penal em questão, se comparado com o crime de corrupção ativa:

³⁸⁷ Art. 1 (4)(a) da Convenção da OCDE. Para o propósito da presente Convenção “funcionário público estrangeiro” significa qualquer pessoa responsável por cargo legislativo, administrativo ou jurídico de um país estrangeiro, seja ela nomeada ou eleita; qualquer pessoa que exerça função pública para um país estrangeiro, inclusive para representação ou empresa pública; e qualquer funcionário ou representante de organização pública internacional.

³⁸⁸ Cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de que, segundo suas leis, é delito criminal qualquer pessoa intencionalmente oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros, causando a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais, com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais.

Aqui, portanto, ao contrário do que ocorre com o art. 333 do Código Penal, se o agente, mesmo que solicitado por funcionário público estrangeiro, lhe dá, ou seja, faz a entrega da vantagem indevida, o delito restará configurado. Dessa forma, tanto pratica o delito de corrupção ativa em transação comercial internacional o agente que, espontaneamente, dá a vantagem indevida a funcionário público estrangeiro ou a terceira pessoa, ou quando faz a entrega da vantagem quando por ele solicitado.³⁸⁹

O dispositivo em análise, ao descrever a conduta típica, ainda se refere, de modo bastante aberto, a “vantagem indevida”, a fim de abranger não apenas vantagens de natureza material, como dinheiro ou bens, mas também vantagens morais ou sexuais. A expressão, aliás, é a mesma já utilizada nos tipos penais dos arts. 317 e 333 do mesmo Código Penal brasileiro.

Assim, estará consumado o crime em questão, se reunidos o elemento objetivo (a vantagem indevida) e o elemento subjetivo (o dolo), independentemente do valor da vantagem, de seus resultados, do costume local, da tolerância de tais pagamentos por autoridades locais ou de uma suposta necessidade do pagamento ou de oferecer outra vantagem indevida para obter ou manter negócios. Por outro lado, a lei brasileira não pune a oferta de pequenas cortesias e presentes a funcionários públicos estrangeiros, desde que não haja nenhuma intenção de corrupção tanto por parte de quem oferece como por parte de quem aceita.

O art. 337-B do Código Penal Brasileiro também prevê que o crime pode ser praticado “*direta ou indiretamente*”, o que significa que também estará criminalizada a conduta caso o oferecimento da vantagem se dê por um intermediário. De acordo com o *caput* do art. 29 do CPB³⁹⁰, tanto o agente principal como o intermediário serão responsáveis na medida de suas respectivas participações.

Além disso, o tipo penal prevê expressamente a vantagem indevida poder ser destinada não apenas ao funcionário público, mas também a terceiros, inclusive pessoas jurídicas. Não há, assim, necessidade de o funcionário público estrangeiro receber fisicamente o suborno – o importante é a demonstração do nexo de causalidade entre a destinação da vantagem indevida e a combinação estabelecida com o funcionário público estrangeiro.

O crime também poderá consumir-se independentemente de ocorrer o pagamento da vantagem indevida ou de ter o funcionário público estrangeiro efetivamente agido em troca do suborno. Entretanto, o parágrafo único do art. 337-B traz um agravamento da pena para a hipótese em

³⁸⁹ GRECO, R., *Curso de Direito Penal*, vol. 3, 13ª ed., Niterói, Impetus, 2016, p. 922.

³⁹⁰ Art. 29, *caput*, do CPB. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

que o funcionário público estrangeiro age, como resultado do suborno, em violação de seu dever funcional. Nesse caso, terá que ser verificada, necessariamente, a ocorrência de violação do dever funcional à luz da legislação do país de origem do funcionário público estrangeiro corrompido.

Vale observar que a Convenção da OCDE estabeleceu, de modo bastante abrangente, que, para caracterização do crime em questão, bastaria que o funcionário estrangeiro estivesse no desempenho de “funções oficiais” ou fazendo “qualquer uso do cargo”, conforme previsão do art. 1, n.^{os} 1 e 4(c). Entretanto, o delito de corrupção ativa em transação comercial internacional foi positivado no Código Penal Brasileiro com a exigência de que a vantagem ilícita dirigida ao funcionário público estrangeiro esteja correlacionada a um “*ato de ofício relacionado à transação comercial internacional*”, o que, aparentemente, restringe bastante a incidência do tipo penal e o coloca em desconformidade com a Convenção da OCDE. Aplicando-se literalmente o dispositivo, seria atípica, por exemplo, a conduta de pagar propina a um funcionário público estrangeiro para a obtenção de um tratamento fiscal favorável naquele país, pois não haveria, no caso, propriamente uma “transação comercial”. Também não configuraria crime o pagamento de propina para o funcionário público estrangeiro praticar um ato, valendo-se de seu cargo, fora do âmbito de sua competência administrativa, pois não haveria, na hipótese, “ato de ofício”.

O art. 1(2) da Convenção da OCDE trouxe previsão no sentido de que os países signatários deveriam tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de que a cumplicidade, inclusive por incitamento, auxílio ou encorajamento, ou a autorização de ato de corrupção de um funcionário público estrangeiro seja um delito criminal, bem como de que a tentativa e conspiração para subornar um funcionário público estrangeiro sejam delitos criminais na mesma medida em que o são a tentativa e conspiração para corrupção de funcionário público daquela Parte.

Para atendimento a esse compromisso internacionalmente assumido pelo Brasil, o art. 29 do Código Penal³⁹¹ estabelece a responsabilidade por coautoria ou participação, inclusive para o delito de suborno estrangeiro. Como a lei penal brasileira diz que quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, estão cobertas todas as formas de

³⁹¹ Art. 29 do CPB. Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1.º – Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2.º – Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

participação criminal, quais sejam, a “determinação” (definida como induzimento intencional à prática de um crime), a “instigação” (ato de encorajar, motivar ou impelir alguém a concretizar uma decisão já tomada de cometer um delito) e a “cumplicidade” (definida como o fornecimento de material, ajuda moral ou incentivo para a prática do crime).

Por outro lado, ainda há divergência na doutrina e jurisprudência brasileira quanto à possibilidade de tentativa no crime de corrupção ativa³⁹², enquanto o crime de conspiração é delito previsto no ordenamento jurídico brasileiro apenas no Código Penal Militar³⁹³, não sendo aplicável à hipótese em análise. Haveria, assim, para as duas hipóteses (tentativa e conspiração) um certo descompasso entre a Convenção da OCDE e a lei penal brasileira.

A Lei n.º 10.467, de 11 de junho de 2002, também introduziu no sistema penal brasileiro o crime de “tráfico de influência em transação comercial internacional”, previsto no art. 337-C do Código Penal, *in verbis*: “Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado à transação comercial internacional: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro”.

Certamente o dispositivo trouxe um equilíbrio no Código Penal Brasileiro, eis que, como a lei brasileira, no art. 332 do Estatuto Repressivo, criminaliza o “tráfico de influência” em relação a funcionários públicos de modo geral, não haveria razão para não o fazer também em relação a funcionários públicos estrangeiros. O crime em questão se utiliza, inclusive, dos mesmos verbos nucleares previstos no art. 332 do Código Penal e traz a mesma causa especial de aumento de pena daquele em seu parágrafo único.

Vale apenas ressaltar que, embora os elementos constitutivos do tipo dos arts. 337-B e 337-C sejam praticamente os mesmos dos previstos nos arts. 332 e 333 do Código Penal, o bem jurídico tutelado pelos crimes introduzidos pela Lei n.º 10.467/2002 é a regularidade, a moralidade e a transparência das atividades comerciais internacionais, tal qual preconizado pelos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil é signatário. Assim, pode afirmar-

³⁹² [...] O crime de corrupção ativa detém natureza formal, e a aceitação da vantagem ilícita é, via de regra, mero exaurimento, sendo essa a principal característica desse tipo de delito, portanto incabível a tentativa no caso (arts. 14, II, e 333 do CP). [...] (BRASIL, STJ, AgRg no REsp 1154263/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 29/05/2013).

³⁹³ Art. 152. Concertarem-se militares ou assemelhados para a prática do crime previsto no art. 149: Pena – reclusão, de três a cinco anos.

se que se trata de crimes totalmente independentes e que “não se confundem com variações típicas qualificadoras ou privilegiantes, porque possuem seu próprio conteúdo típico”.³⁹⁴

1.3.2 Alterações introduzidas pela Lei n.º 20/2008 em Portugal

A Lei n.º 20/2008, de 21 de abril, trata da responsabilidade penal por crimes de corrupção no comércio internacional e na atividade privada e, além disso, define algumas categorias especiais de agentes públicos: funcionário estrangeiro, funcionário de organização internacional, titular de cargo político estrangeiro, trabalhador do setor privado e entidade do setor privado.

Assim como ocorreu no Brasil, a legislação em questão também é decorrente do fato de Portugal ser signatário da “Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais” da OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico³⁹⁵ –, que foi ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 19, de 31 de março de 2000.

A Apresentação da Proposta de Lei na Assembleia da República objetivando criar o novo regime penal da corrupção no comércio internacional e no setor privado, inclusive, deixou claro que “[...] [a] corrupção constitui uma ameaça à sociedade que cumpre a lei conduzindo a ilegítimas desigualdades e prejudicando um salutar desenvolvimento económico. Daí a crescente atenção da comunidade internacional, em função do aumento do comércio transfronteiriço e da globalização. Está em causa a punição de comportamentos inaceitáveis ligados à obtenção de negócios, contratos ou outras vantagens indevidas no comércio internacional”³⁹⁶.

Assim, o art. 2.º da Lei n.º 20/2008 estabeleceu, em sua alínea “a”, o conceito de *funcionário estrangeiro*. O dispositivo, entretanto, foi elaborado de modo diferente da definição de *funcionário público estrangeiro* constante do art. 1 (4) (a) da Convenção da OCDE, eis que não contempla expressamente “qualquer pessoa que exerça função pública para um país estrangeiro”. Por esse motivo, objetivando aperfeiçoar a legislação, sua redação original foi alterada pela Lei n.º 30/2015, de 22 de abril, para acrescentar à parte final do dispositivo a

³⁹⁴ SANTOS, *A Moderna Teoria do Fato Punível*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2000, p. 44.

³⁹⁵ Vide Capítulo III, Item 1.2.

³⁹⁶ PORTUGAL, Apresentação da Proposta de Lei que cria o novo regime penal da corrupção no comércio internacional e no sector privado – Assembleia da República 2007-10-18 [disponível em <http://www.dgpi.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/legislacao-da-justica/anexos/2007-10-18/downloadFile/file/2007.10.18.pdf?nocache=1205856139.06>, acesso em 13 de junho de 2016].

referência a “qualquer pessoa que assuma e exerça uma função de serviço público em empresa privada no âmbito de contrato público”. É o caso, por exemplo, de empreiteiros do setor privado que obtêm contratos terceirizados com o governo para executar funções públicas – estes, doravante, são considerados “funcionários estrangeiros” para efeitos legais.

Assim, atualmente, para a lei portuguesa, funcionário estrangeiro é toda a pessoa que, a serviço de um país estrangeiro, como funcionário, agente ou a qualquer outro título, mesmo que provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, voluntária ou obrigatoriamente, tenha sido chamada a desempenhar ou a participar no desempenho de uma atividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional ou, nas mesmas circunstâncias, a desempenhar funções em organismos de utilidade pública ou nelas participar. Também será assim considerado aquele que exerce funções de gestor, titular dos órgãos de fiscalização ou trabalhador de empresa pública, nacionalizada, de capitais públicos ou com participação maioritária de capital público e ainda de empresa concessionária de serviços públicos, bem como qualquer pessoa que assuma e exerça uma função de serviço público em empresa privada no âmbito de contrato público.

Persiste a crítica ao dispositivo, entretanto, no sentido de que a definição de “funcionário público estrangeiro” se refere apenas a funcionários de “países estrangeiros”, e não aos funcionários de estados autônomos ou de territórios aduaneiros independentes, como as Ilhas Virgens.

O art. 7.º da Lei n.º 20/2008 tipifica o crime de “corrupção activa com prejuízo do comércio internacional”, com a seguinte redação: “Quem por si ou, mediante o seu consentimento ou ratificação, por interposta pessoa der ou prometer a funcionário, nacional, estrangeiro ou de organização internacional, ou a titular de cargo político, nacional ou estrangeiro, ou a terceiro com conhecimento daqueles, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que lhe não seja devida, para obter ou conservar um negócio, um contrato ou outra vantagem indevida no comércio internacional, é punido com pena de prisão de um a oito anos”.

O delito em questão substitui o revogado art. 41.º-A do Decreto-lei n.º 28/1984 e, assim como seu antecessor, criminaliza tanto a promessa como a entrega de vantagens patrimoniais ou não-patrimoniais indevidas. Além disso, o tipo penal não exige a concomitante ocorrência do crime de corrupção passiva ou mesmo a existência de um acordo prévio entre o corruptor e o funcionário subornado.

Diferentemente do que ocorre com o crime de corrupção ativa previsto no art. 374.º do Código Penal Português, o art. 7.º da Lei n.º 20/2008 não traz nenhuma referência à punibilidade da tentativa. Isso pode gerar questionamentos quanto a uma suposta atipicidade da conduta do agente que formula a proposta da vantagem indevida, a endereça por e-mail ao funcionário estrangeiro, mas, por motivos alheios à sua vontade, a mensagem é extraviada e não chega ao seu destinatário. A intenção do legislador, entretanto, parece ter sido de considerar a “*corrupção activa com prejuízo do comércio internacional*” um crime de perigo abstrato, dispensando-se a prova de dano real a um interesse jurídico específico. O delito em questão, assim, estaria consumado, ainda que a proposta de vantagem indevida não tenha chegado ao seu destino final.

Outra dificuldade hermenêutica certamente envolverá a hipótese em que o suborno a um funcionário estrangeiro é oferecido por um intermediário, eis que o tipo penal também criminaliza a conduta realizada por “interposta pessoa”, mediante “consentimento ou ratificação” do agente. Ao que parece, o tipo penal exige, para a hipótese, que o corruptor tenha conhecimento específico dos detalhes da oferta realizada pelo intermediário e também da identidade e da qualidade do funcionário a quem se dirige a proposta.

O art. 7.º da Lei n.º 20/2008 também criminaliza a conduta do agente quando a entrega ou a promessa de vantagem ilícita é dirigida a um terceiro, mas com o conhecimento do funcionário, nacional, estrangeiro ou de organização internacional, ou a titular de cargo político, nacional ou estrangeiro. Nesse caso, o “conhecimento” configura elemento do tipo penal e sua prova será necessária para que o agente responda pelo ilícito em questão.

Não há preocupação quanto à possibilidade de tripla incriminação caso a conduta em análise se enquadre, também, no tipo do art. 374.º do Código Penal e do art. 18.º da Lei n.º 34/1987, pois o n.º 1 do art. 6.º da Lei n.º 20/2008 preceitua que “[a]s penas previstas na presente lei só são aplicáveis se ao facto não couber pena mais grave por força de outra disposição legal”. Assim, em casos de suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais, seria aplicável sempre o art. 7.º da Lei n.º 20/2008, segundo o qual são puníveis com oito anos de prisão.

2 A RESPONSABILIZAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Origem e embasamento constitucional da Lei n.º 12.846/2013

Após a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE ser aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n.º 125, de 14 de junho de 2000, o Governo brasileiro depositou o Instrumento de Ratificação à referida Convenção em 24 de agosto de 2000, passando a mesma a vigorar, para o Brasil, em 23 de outubro de 2000. Na sequência, pelo Decreto n.º 3.678, de 30 de novembro de 2000, o acordo multilateral em questão foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. No caso particular do Brasil que, de modo geral, não admite a responsabilização criminal das pessoas jurídicas, a própria Convenção faz a ressalva de que, nessa hipótese, o Estado deverá assegurar que as empresas sejam apenas com sanções de natureza não penais, inclusive sanções pecuniárias.

No relatório aprovado Grupo de Trabalho sobre Suborno nas Transações Comerciais Internacionais da OCDE em 7 de dezembro de 2007, a entidade avaliou os esforços do Brasil no sentido de cumprir os compromissos assumidos por ocasião da adesão aos termos da Convenção. Os integrantes do Grupo de Trabalho concluíram, à época, que o regime estatutário sobre as obrigações de pessoas jurídicas era inconsistente e, como consequência, as empresas não eram punidas no Brasil por suborno internacional, razão pela qual o País deveria ser mais proativo em detectar, investigar e processar casos de corrupção internacional. Ficou constatado, assim, que o Brasil ainda não havia implementado, no plano legislativo, os compromissos que assumira e que, por isso, deveria “adotar medidas urgentes para estabelecer a responsabilidade direta das pessoas jurídicas pelo suborno de um funcionário público estrangeiro, com previsão legal de sanções eficazes, proporcionais e dissuasivas, incluindo sanções pecuniárias e confisco”.³⁹⁷

Diante dessa pressão internacional, foi constituído pelo governo brasileiro um grupo de trabalho para minutar um projeto de lei que atendesse os compromissos assumidos pelo Brasil na Convenção da OCDE. Assim, através do comunicado EMI n.º 00011/2009 – CGU/MJ/AGU,

³⁹⁷ OCDE, *Report on the application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions – Brazil: Phase 2*, Item 4, p. 65 [disponível em <https://www.oecd.org/brazil/39801089.pdf>, acesso em 20 de novembro de 2016].

datado de 23 de outubro de 2009, o Ministro de Estado do Controle e Transparência, o Ministro da Justiça e o Advogado-Geral da União apresentaram ao então Presidente da República uma “proposta de regulamentação da responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas por atos lesivos à Administração Pública nacional e estrangeira”, com o objetivo de “suprir uma lacuna existente no sistema jurídico pátrio no que tange à responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a Administração Pública, em especial, por atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos”.

Encaminhada ao Congresso Nacional, essa proposta deu origem ao Projeto de Lei n.º 6.826/2010, do qual foi relator o Deputado Carlos Zarattini (PT-SP). É interessante notar que, no período compreendido entre 13 de junho de 2012 e 23 de abril de 2013, não foi dado qualquer impulso ao Projeto de Lei em questão, só havendo uma maior aceleração na tramitação entre as comissões parlamentares, coincidentemente ou não, no período das manifestações populares que levaram milhões de pessoas às ruas em protestos contra a corrupção e a precariedade dos serviços públicos no Brasil.

Assinada em 1º de agosto de 2013, a Lei n.º 12.846 regula no Brasil “a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira”, e dá outras providências. A lei está inserida, exatamente por isso, no contexto do Direito Administrativo Sancionador, como observa Fábio Medina Osório:

No Brasil, de modo muito diverso, o legislador, abrigado pelo princípio democrático, através da Lei 12.846/2013, optou pelo sistema de repressão via Direito Administrativo Sancionador, cujos pressupostos de incidência ostentam autonomia frente ao Direito Penal. E, vale ressaltar, a Constituição de 1988 somente prevê responsabilidade penal de pessoas jurídicas nas hipóteses de crimes ambientais, o que inviabilizaria qualquer alternativa diversa daquela abraçada pelo legislador pátrio. Quando um agente dotado de representatividade corporativa – seja a que título for – atua ilicitamente no interesse de uma pessoa jurídica, tornam-se presentes, *prima facie*, os pressupostos de imputação do ilícito à pessoa moral, nos moldes da Lei Anticorrupção brasileira.³⁹⁸

Exatamente por isso é importante ressaltar, desde logo, sua *irretroatividade*³⁹⁹, pois, como passou a caracterizar determinadas condutas como lesivas à Administração Pública nacional e estrangeira e a prever novas sanções, o princípio da segurança jurídica impede que sejam atingidas situações já consolidadas no tempo. Assim, diante do prazo de *vacatio legis*⁴⁰⁰, apenas

³⁹⁸ OSÓRIO, *Direito Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 406.

³⁹⁹ “A irretroatividade das leis sancionadoras decorre, em realidade, dos princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica, ambos de origem constitucional, mostrando-se inviável interpretar o sistema de modo a sancionar condutas que, antes, não admitiam determinadas sanções, eram lícitas ou não proibidas pela ordem jurídica” (*id. ibidem*, p. 286).

⁴⁰⁰ Art. 31 da Lei n.º 12.846/2013. Esta Lei entra em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data de sua publicação.

as ações ou omissões ocorridas a partir de 29 de janeiro de 2014 é podem ser sancionadas pela Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas.

Como naturalmente ocorre por ocasião da entrada em vigor de uma lei de tamanha magnitude, alguns questionamentos em torno da constitucionalidade da Lei n.º 12.846/2013 começam a surgir no plano doutrinário. O primeiro envolve a discussão acerca da necessidade de serem editadas leis ordinárias estaduais e municipais para disciplinar os institutos de natureza administrativa previstos na Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas ou se, para a devida aplicação da LIPJ no âmbito dos Estados e Municípios, bastaria a sua simples regulamentação por decretos baixados pelo Chefe do respectivo Poder Executivo.

A Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas, no âmbito federal, foi regulamentada pelo Decreto n.º 8.420, de 18 de março de 2015, e, até o momento, os Estados de Tocantins⁴⁰¹, São Paulo⁴⁰², Paraná⁴⁰³, Espírito Santo⁴⁰⁴, Rio Grande do Norte⁴⁰⁵, Minas Gerais⁴⁰⁶, Maranhão⁴⁰⁷, Mato Grosso⁴⁰⁸, Alagoas⁴⁰⁹ e também o Distrito Federal⁴¹⁰ já regulamentaram a lei por decretos próprios, enquanto o Estado de Goiás o fez pela Lei Estadual n.º 18.672, de 13 de novembro de 2014. Essa divergência quanto à forma de regulamentação fomenta na doutrina entendimentos acerca de uma suposta inconstitucionalidade (parcial) da Lei n.º 12.846/2013.⁴¹¹

Entretanto, para se chegar a uma correta e completa conclusão a esse respeito é preciso avaliar, de modo preliminar, a natureza jurídica da Lei n.º 12.846/2013: embora proveniente do Poder Legislativo Federal, seria ela uma *lei federal* ou uma *lei nacional*? Essa análise é importante porque, de acordo com o § 3º do art. 24 da Constituição Federal, a inexistência de *lei federal*

⁴⁰¹ Decreto n.º 4.954, de 13 de dezembro de 2013.

⁴⁰² Decreto n.º 60.106, de 29 de janeiro de 2014.

⁴⁰³ Decreto n.º 10.271, de 21 de fevereiro de 2014.

⁴⁰⁴ Decreto n.º 3.956-R, de 30 de março de 2016.

⁴⁰⁵ Decreto n.º 25.177, de 13 de maio de 2015.

⁴⁰⁶ Decreto n.º 46.782, de 23 de julho de 2015.

⁴⁰⁷ Decreto n.º 31.251, de 28 de outubro 2015.

⁴⁰⁸ Decreto n.º 572, de 13 de maio de 2016.

⁴⁰⁹ Decreto n.º 48.326, de 5 de maio de 2016.

⁴¹⁰ Decreto n.º 37.296, de 29 de abril de 2016.

⁴¹¹ “[...] a lei é inconstitucional em parte, quando impõe o processo administrativo e suas sanções (administrativas) a atos praticados contra as Administrações Públicas estaduais e municipais. Nada impede que os Estados e Municípios editem suas próprias leis sobre o tema. Registre-se que não pode ser via outro ato normativo inferior à lei, pois, como se objetiva aplicação de penalidades, esta deve ser veiculada por lei, tendo em vista o princípio da legalidade. Dessa forma, não temos dúvidas em afirmar que, no que toca às penalidades de natureza administrativa (arts. 6º e 7º), bem como ao procedimento administrativo para sua imposição (arts. 8º a 15), torna-se necessário restringir o alcance das disposições da Lei n.º 12.846/2013 apenas à esfera federal, salvo expressa autorização legislativa estadual ou municipal quanto à extensão de referidas disposições aos seus âmbitos” (COUTINHO/RODOR, *Manual de direito administrativo*, Rio de Janeiro, Forense; São Paulo, Método, 2015, p. 989). Na mesma linha: “Como o artigo 24 da CF/88 cuida de competência legislativa, não cabem decretos estaduais e mesmo municipais para regulamentar o previsto na LAC, em matéria administrativa. Eles destinam-se a dar *fiel cumprimento à lei*, não a inovar na ordem jurídica. Somente podem ser expedidos pelo chefe do executivo que haja sancionado, promulgado e feito publicar a lei regulamentada, a teor do artigo 84, IV, da CF/88, jamais por autoridades de outras esferas. Consequentemente, são ilegais os decretos baixados por Estados e Municípios para esmiuçar a Lei 12.846/13, sem prévia lei ordinária estadual ou municipal (artigo 30, CF/88) decorrente” (SOUZA, “Lei Anticorrupção não pode atropelar as liberdades públicas constitucionais”, in *Consultor Jurídico*, outubro de 2015 [disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-out-21/hamilton-dias-souza-combate-corrupcao-razoavel>], acesso em 20 de novembro de 2016)).

sobre normas gerais autoriza os Estados a exercer a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades, donde se extrai, *a contrario sensu*, que, editadas as normas gerais pela União, aos Estados é dado apenas preencher os vazios para disciplinar as peculiaridades estaduais. É nesse aspecto que se estabelece a distinção entre leis federais e leis nacionais:

O Congresso Nacional é órgão legislativo do Estado Federal e da União. Na primeira qualidade edita leis nacionais, na segunda, leis federais. As leis nacionais superam e transcendem às circunscrições políticas internas. As leis federais, ao lado das estaduais e municipais, circunscrevem-se à área de jurisdição da pessoa a que se vinculam e somente obrigam os jurisdicionados *stricto sensu* de cada qual. É, portanto, muito mais ampla a lei nacional do que a lei federal. Em outras palavras, a Constituição confere à lei nacional amplíssimo poder para regular matérias específicas em todo o território nacional, abstração feita da sujeição dos destinatários da norma, quer à União, quer a Estados e Municípios. Já a lei federal, embora editada pelo mesmo órgão, onera, circunscritamente, somente os jurisdicionados da União. Donde se vê que a lei federal se opõe – no mesmo plano que está – à lei estadual e à municipal, enquanto que a lei nacional abstrai de todas elas – federal, estadual e municipal – transcendendo-as... A lei federal é bem restrita e limitada. Dirige-se aos jurisdicionados (*stricto sensu*) da União, seus administrados; a seu aparelho administrativo, vinculando exclusivamente seus súditos. Obriga só aquelas pessoas a ela sujeitas, circunscrevendo seus efeitos à esfera da pessoa União, em oposição a Estados e Municípios. Quer dizer: limita-se ao campo constitucional conferido à União, não podendo estender-se ou invadir o campo dos Estados e Municípios.⁴¹²

Isso significa que só é obrigado a obedecer à *lei federal* o administrado da União, como acontece com a Lei n.º 12.813/2013 (Lei dos Conflitos de Interesses), uma lei de caráter explicitamente federal, como já reconhecido neste trabalho, a qual deixa claro e expresso, em seu art. 1º, que por ela estarão disciplinadas apenas as situações que configuram conflito de interesses envolvendo ocupantes de cargo ou emprego *no âmbito do Poder Executivo federal*, sem aplicação, portanto, nos Estados e Municípios. Da mesma maneira, só é obrigado a obedecer uma lei estadual o administrado do Estado que elaborou aquela lei, e na qualidade jurídica de seu administrado, valendo o mesmo para os municípios. Por outro lado, no tocante às *leis nacionais*, sua obrigatoriedade decorre simplesmente do fato de estar no território brasileiro, como acontece com as leis que estabelecem normas gerais, o que é completamente diferente da simples lei federal.

As leis editadas para atender às peculiaridades estaduais, por esse motivo, não podem derogar a legislação nacional. Aqui o peculiar não pode se colocar em oposição ao geral, tal qual a exceção é posta em face da regra, pois a relação é apenas de *complementariedade*. É exatamente por esse motivo que as normas gerais são comumente identificadas como detentoras de um grau

⁴¹² ATALIBA, *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*, São Paulo, Editora RT, 1968, p. 94. O mesmo autor ainda complementa: “A lei federal vincula todo o aparelho administrativo da União e todas as pessoas que a ela estejam subordinadas ou relacionadas, em grau de sujeição, na qualidade de seus administrados ou jurisdicionados. A lei nacional, categoria jurídico-positiva diversa, é o produto legislativo do Estado Nacional, todo, global. Vigor no território do Estado brasileiro, vinculando todos os sujeitos à sua soberania, abstração feita de qualidade outras que possam revestir” (*idem*, *Regime constitucional dos Servidores Públicos*, 2ª ed., São Paulo, Editora RT, 1990, p. 22).

maior de abstração, pois devem ser genéricas o suficiente para permitir o tratamento legislativo das peculiaridades pelos Estados e Municípios.

No caso da Lei n.º 12.846/2013 é importante considerar que a própria exposição de motivos da proposta de regulamentação da responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas por atos lesivos à Administração Pública nacional e estrangeira (EMI n.º 00011-2009 – CGU/MJ/AGU, datado de 23 de outubro de 2009), assinada pelo Controlador-Geral da União, pelo Ministro da Justiça e pelo Advogado-Geral da União, já trazia referência no seguinte sentido:

6. Nesse cenário, torna-se imperativa a repressão aos atos de corrupção, em suas diversas formações, praticados pela pessoa jurídica contra a Administração Pública nacional e estrangeira. Observe-se que a Administração Pública aqui tratada é a Administração dos três Poderes da República – Executivo, Legislativo e Judiciário – em todas as esferas de governo – União, Distrito Federal, estados e municípios –, de maneira a criar um sistema uniforme em todo o território nacional, fortalecendo a luta contra a corrupção de acordo com a especificidade do federalismo brasileiro – grifos nossos.

Não poderia ser diferente: o anteprojeto – que posteriormente resultou na edição da Lei n.º 12.846/2013 – trazia os regramentos necessários à proteção da Administração Pública estrangeira em decorrência da necessidade de o Brasil atender aos compromissos internacionais de combate à corrupção assumidos pela ratificação da Convenção das Nações Unidas contra Corrupção (ONU), da Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (OEA) e da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Nesse sentido, nessas três Convenções, o Brasil obrigou-se a punir de forma efetiva as pessoas jurídicas que praticam atos de corrupção, em especial o denominado suborno transnacional, caracterizado pela corrupção ativa de funcionários públicos estrangeiros e de organizações internacionais. Ora, não faria nenhum sentido a futura lei fazer previsão de punição de pessoas jurídicas pelo oferecimento de vantagens indevidas a funcionários públicos estrangeiros, mas deixá-las impunes em situações absolutamente idênticas envolvendo funcionários públicos federais, e faria menos sentido ainda limitar a punição apenas aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário federais, sem qualquer referência a Estados e Municípios, onde as pessoas jurídicas poderiam, assim, livremente praticar os mesmos atos reconhecidos como ilícitos em relação à Administração Pública estrangeira e federal.

Poder-se-ia argumentar que leis com o mesmo objetivo poderiam ser editadas pelos Estados e Municípios no âmbito de suas respectivas competências legislativas, mas tal providência seria

absolutamente inócua. Primeiro porque, no que tange ao processo administrativo, é plenamente possível, conforme entendimento massificado dos tribunais superiores, a aplicação de uma lei federal de forma subsidiária no âmbito dos demais Estados-Membros, se ausente lei própria regulando-o no âmbito local, o que já daria à Lei n.º 12.846/2013, sob esse aspecto, uma aplicação automática e plena nos Estados e Municípios.⁴¹³ Já em relação às sanções administrativas, como a Lei n.º 12.846/2013 trata de matéria prevista em tratados e convenções internacionais já incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, deverá ela nortear toda a Administração Pública brasileira, servindo de diretriz a qualquer de suas esferas de governo, inclusive Distrito Federal, Estados e Municípios. Isso significa dizer que, ainda que estes tivessem que editar suas respectivas leis, não poderiam eles jamais se afastar da disciplina sancionatória já estabelecida na lei federal de regência, como explica Celso Antônio Bandeira de Mello:

Onde não houver liberdade administrativa alguma a ser exercitada (discrecionariade) – por estar prefigurado na lei o único modo e o único possível comportamento da Administração ante hipóteses igualmente estabelecidas em termos de objetividade absoluta –, não haverá lugar para regulamento que não seja mera repetição da lei ou desdobramento do que nela se disse sinteticamente.⁴¹⁴

Ademais, se prevalecesse a ideia de necessidade de leis estaduais e municipais para regulamentar a responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas por atos lesivos à Administração Pública, a República Federativa do Brasil ficaria na dependência de iniciativas legislativas estaduais e municipais para dar cumprimento àquilo que pactuou internacionalmente, o que seria absolutamente inadmissível.

Desse modo, não resta nenhuma dúvida em se reconhecer o *caráter nacional* à Lei n.º 12.846/2013, no sentido de que foi editada pela União, em nome do Estado Nacional e a partir de decretos e convenções internacionais, para disciplinar a coexistência pacífica ou litigiosa de todas as pessoas jurídicas que de alguma forma operam ou se relacionam na sociedade nacional, sem qualquer distinção.⁴¹⁵ O art. 1º, *caput* e seu parágrafo único, da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas, aliás, é bastante claro nesse sentido:

⁴¹³ RECURSO ESPECIAL. LEI N.º 9.784/99. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. ESTADOS E MUNICÍPIOS. PRAZO DECADENCIAL. SUSPENSÃO. INTERRUPÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. REVISÃO. FATOS. NÃO-CABIMENTO. SÚMULA 07/STJ. [...] 10. A Lei 9.784/99 pode ser aplicada de forma subsidiária no âmbito dos demais Estados-Membros, se ausente lei própria regulando o processo administrativo no âmbito local. Precedentes do STJ. 11. Recurso especial conhecido em parte e não provido (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. n.º 1.148.460/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, 2ª Turma, julgado em 19/10/2010, DJe 28/10/2010).

⁴¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 356.

⁴¹⁵ “Sendo assim, vale dizer que os membros do Congresso Nacional Brasileiro desempenham dupla função: uma de legislador federal, na incumbência de ente político, ao estabelecer leis que regem a atuação do ente federativo União, bem como a de legislador nacional, adotando a República Federativa do Brasil como ente central, ao estabelecer normas a serem aplicados em todos os níveis da Federação (União, Estados, Municípios e Distrito Federal)” (ALTOÉ, “Desafios na implementação da Lei da Probidade Empresarial pelos Estados e a experiência da Secretaria de Estado de Controle e Transparência do Espírito Santo”, in *Lei Anticorrupção e temas de compliance*, 2ª ed., org. SOUZA, et al., Salvador, JusPodivm, 2017, pp. 305-306).

Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, *nacional* ou estrangeira. **Parágrafo único.** Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, *que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro*, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente – grifos nossos.

Ressalte-se, por fim, que a autonomia dos Estados e Municípios ficou plenamente resguardada porque várias questões de cunho estritamente administrativo restaram perfeitamente preservadas pela necessidade de regulamentação própria, via decreto do Chefe do Executivo, tais como o procedimento do processo administrativo de responsabilização e a fixação de parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

Diante disso, não há óbices à regulação da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas por meio de decreto regulamentar, desde que obedecidos os preceitos da legalidade estrita e observados em sua totalidade os limites regulamentares para que não haja redução ou majoração de garantias, direitos ou deveres previstos no texto legal que deu margem à produção do respectivo regulamento. Nada impede, ao mesmo tempo, que o Poder Legislativo (estadual ou municipal) faça uso de lei para o fim de regular a responsabilização das pessoas jurídicas por atos ilícitos praticados contra a Administração Pública, desde que respeitadas a Constituição Federal e a lei nacional que trata da matéria, como fez o Estado de Goiás, quando efetivou essa regulamentação pela Lei Estadual n.º 18.672, de 13 de novembro de 2014, a qual desnecessariamente transcreve *ipsis litteris* na maioria de seus artigos, principalmente nos capítulos que tratam da descrição dos ilícitos e das sanções, o texto da Lei n.º 12.846/2013.

2.2 Sujeitos ativos e passivos

No sistema da Lei n.º 12.846/2013, os atos lesivos somente podem ser praticados por pessoas jurídicas, conforme disciplina o *caput* de seu art. 1º, o que, *a contrario sensu*, exclui de sua incidência qualquer pessoa física. Quando o art. 3º da LIPJ diz que “a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito”, ele não está autorizando a aplicação das sanções nela previstas a pessoas físicas, mas apenas indicando que a responsabilização desses sujeitos dar-se-á pela incidência dos outros diplomas que compõem

o Microssistema Brasileiro de Prevenção e Combate à Corrupção, como o Código Penal e a Lei de Defesa da Probidade Administrativa.

Isso fica claro, inclusive, pela própria natureza das sanções previstas na Lei n.º 12.846/2013: não faria nenhum sentido, por exemplo, aplicar a uma pessoa física a “sanção de suspensão ou interdição parcial de suas atividades” ou de “dissolução compulsória”, as quais são próprias para pessoas jurídicas. Ademais, submeter pessoas físicas aos ditames da LIPJ significaria criar um regime de responsabilidade objetiva para pessoas físicas, o que foge completamente à tradição do Direito Brasileiro.⁴¹⁶

O parágrafo único do mesmo art. 1º, aliás, reforça esse entendimento ao explicitar que tal lei é aplicável “[...] às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente”.

Isso significa que qualquer pessoa jurídica de direito privado é alcançada pelas sanções previstas na Lei n.º 12.846/2013, podendo ser responsabilizadas, de acordo com o art. 44 do Código Civil brasileiro, as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas, os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada, mas desde que o ato praticado seja típico de sociedade empresária. Assim, por exemplo, mesmo um partido político ou uma organização religiosa poderão ser devidamente responsabilizados à luz da LIPJ se um de seus representantes oferecer vantagem indevida a um agente público para liberação do alvará de funcionamento de sua respectiva sede.

Para as grandes empresas brasileiras e multinacionais, as quais já atendiam os regramentos do comércio internacional e, via de consequência, já se submetiam aos regramentos da FCPA norte-americana, não haverá grandes dificuldades quanto à implementação das exigências da Lei n.º 12.846/2013. Entretanto, no tocante às micro, pequenas e médias empresas, certamente ainda haverá um enorme caminho a percorrer, pois a maioria delas ainda não se preocupou em se adaptar à nova ordem e muitas delas até desconhecem a existência da lei, o que somente

⁴¹⁶ Em sentido contrário, admitindo a aplicação da Lei n.º 12.846/2013, por força do disposto em seu art. 3º: GARCIA, Aspectos da Nova Lei Anticorrupção”, in *MPMG Jurídico – Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Edição Patrimônio Público, Belo Horizonte, CEAf, 2014, p. 13.

ocorrerá quando as consequências de seu não cumprimento começarem a surtir efeitos. Vale registrar que essas consequências não ocorrerão apenas no plano sancionatório, mas virão principalmente do mercado. Isso porque as micro, pequenas e médias empresas são fornecedoras das grandes corporações e estas, diante da responsabilidade objetiva prevista na lei, certamente passarão a exigir que as primeiras se adaptem para efeito de manutenção da parceria nos negócios. O art. 2º da Lei n.º 12.846/2013 é claro no sentido de que “[a]s pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não”.

Isso significa, em outras palavras, as exigências da lei ganharão adesão por parte de um grande universo de empresas por via indireta, ou seja, em razão da necessidade de continuarem operando no mercado.

A lei também incidirá sobre as autarquias, fundações públicas e, principalmente, as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, inclusive porque estas últimas, apesar de serem criadas por lei, possuem personalidade jurídica de direito privado. A partir da entrada em vigor da Lei n.º 13.303/2013, aliás, não restam mais dúvidas quanto a essa possibilidade, sujeitando-se as empresas estatais a todas as sanções da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas, salvo, por expressa exclusão legal⁴¹⁷, a suspensão ou interdição parcial de suas atividades, a dissolução compulsória da pessoa jurídica e a proibição de receber, por determinado período, incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público.

Os *sujeitos passivos* são os titulares do bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão pela conduta lesiva das pessoas jurídicas, ou seja, a *Administração Pública nacional ou estrangeira*. De acordo com o § 1º do art. 5º da Lei n.º 12.846/2013, “[c]onsidera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro”. O conceito de *Administração Pública nacional*, por outro lado, é resultado de construção doutrinária:

A Administração Pública nacional deve ser compreendida como a administração pública direta e indireta de quaisquer dos níveis de governo do Estado brasileiro: a União e as entidades que compõem a sua administração indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista federais); os Estados e as entidades que compõem

⁴¹⁷ Art. 94 da Lei n.º 13.303/2016. Aplicam-se à empresa pública, à sociedade de economia mista e às suas subsidiárias as sanções previstas na Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, salvo as previstas nos incisos II, III e IV do caput do artigo 19 da referida Lei.

a sua administração indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista estaduais); os Municípios e as entidades que compõem a sua administração indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista municipais); e o Distrito Federal e as entidades que compõem a sua administração indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista distritais). As subsidiárias de empresas estatais também devem ser inseridas nesse rol. Esse é o perfil constitucional da administração pública nacional, atribuído pelo art. 37, caput, e incs. XIX e XX, da CF/1988.⁴¹⁸

Como será melhor examinado, em todos esses entes da Administração Pública nacional poderão ser abertos processos administrativos para aplicação das sanções estatuídas no art. 6º da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas. Por outro lado, o simples fato de um ente da Administração Pública direta ou indireta se qualificar como sujeito passivo de um ato lesivo da Lei n.º 12.846/2013 não lhe dá legitimação ativa para a propositura da ação coletiva de responsabilização para aplicação das sanções judiciais previstas no art. 19, incisos I a IV, da mesma lei.⁴¹⁹

2.3 O regime jurídico de responsabilização objetiva das pessoas jurídicas

O ordenamento jurídico brasileiro sempre adotou a *responsabilidade subjetiva* como regra, de modo a garantir que qualquer pessoa física ou jurídica fosse responsabilizada pelos prejuízos causados a terceiros somente a partir da comprovação de dolo ou culpa. É nesse sentido, inclusive, a previsão do art. 186 do Código Civil vigente: “[a]quele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Entretanto, com o passar do tempo, observou-se que esse modelo de responsabilização, baseado exclusivamente na culpa *lato sensu*, não era mais suficiente para solucionar com justiça todos os casos existentes, pois os litígios contemporâneos passaram a gerar, por sua própria natureza, um grande desequilíbrio na relação jurídica de direito material. A urbanização e a industrialização de todos os países criaram uma *sociedade de massas*, na qual os meios de comunicação, de transporte, de produção e de consumo operaram numa escala macrodimensionada, ao mesmo tempo em que o meio ambiente é cada vez mais degradado, as desigualdades sociais são cada vez maiores e os ilícitos cada vez mais sofisticados. Esse fenômeno, a que José Ortega y Gasset nomeou de *rebelião das massas*⁴²⁰, oferece oportunidade

⁴¹⁸ SANTOS/BERTONCINI/FILHO, *op. cit.*, pp. 305-306.

⁴¹⁹ Vide, a esse respeito, Item 4.3.3, Capítulo III.

⁴²⁰ “Simplicíssima de enunciar, ainda que não de analisar, eu a denomino o fato da aglomeração, do ‘cheio’. As cidades estão cheias de gente. As casas cheias de inquilinos. Os hotéis cheios de hóspedes. Os trens, cheios de viajantes. Os cafés, cheios de consumidores. Os passeios, cheios de transeuntes. As salas dos médicos famosos, cheias de enfermos. Os espetáculos, desde que não sejam muito extemporâneos, cheios

ao surgimento de uma nova gama de direitos, não apenas escorados na propriedade, mas também na ética do consumo, no meio ambiente íntegro, na proteção das coletividades inferiorizadas no meio social (deficientes físicos, crianças, idosos, etc.) e nas relações negociais limpas, que se distanciam do protagonismo meramente individual.⁴²¹

Na busca da realização da justiça substantiva e concreta e da restauração do equilíbrio social rompido⁴²², o Código Civil de 2002 ajustou-se à evolução do sistema de responsabilização e avançou em relação ao de 1916 para conferir uma proteção qualitativamente diferenciada em relação às vítimas⁴²³, prevendo, excepcionalmente, a *responsabilidade objetiva* nos seguintes termos: “Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (art. 927, parágrafo único).

O regime de responsabilidade objetiva, assim, somente pode ser observado quando houver determinação legal expressa, ou seja, no silêncio da lei, pessoas físicas ou jurídicas só poderão ser responsabilizadas se agirem dolosamente ou com negligência, imprudência ou imperícia devidamente comprovadas. A Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas, assim, adotou o regime de *responsabilização objetiva*, até porque a Convenção da OCDE prevê que os países signatários deverão “assegurar que as pessoas jurídicas estarão sujeitas a sanções não-criminais *efetivas, proporcionais e dissuasivas* contra a corrupção de funcionário público estrangeiro, inclusive sanções financeiras” (art. 3º, n.º 2), e, como se sabe, a responsabilização baseada na necessidade de demonstração de dolo ou culpa jamais foi efetiva em relação às pessoas jurídicas, bastando observar os resultados apresentados até o momento pela Lei de Defesa da Probidade Administrativa. Assim, a Lei n.º 12.846/2013 prevê o seguinte:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

[...]

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

de espectadores. As praias, cheias de banhistas. O que antes não era problema, começa a sê-lo quase de contínuo: encontrar lugar” (ORTEGA Y GASSET, *A Rebelião das Massas*, São Paulo, Martins Fontes, 1987, p. 20).

⁴²¹ “É fundamental que tenhamos um olhar interpretativo aberto aos novos universos dimensionais. Aos novos modos de percepção. Às novas formas de nos relacionamos. Se o inovar por inovar, no raciocínio jurídico, é postura mental esnobe e teoricamente pobre, por outro lado não se pode cair no erro oposto: recusar o novo, ou querer que ele caiba, de qualquer modo, nas caixas conceituais convencionais. Pode não caber. Enfim, o mundo digital requer outras e novas formas de pensar o direito, que talvez não sejam aquelas que nortearam o mundo físico-convencional” (NETTO, “Uma nova hipótese de responsabilidade objetiva na ordem jurídica brasileira? O Estado como vítima de atos lesivos”, in *Lei Anticorrupção e temas de compliance*, 2ª ed., org. SOUZA, et al., Salvador, JusPodivm, 2017, p. 35).

⁴²² *Id. ibidem*, p. 44.

⁴²³ “A necessidade de maior proteção a vítima fez nascer a culpa presumida, de sorte a inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade daquele que sofreu um dano demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão. O próximo passo foi desconsiderar a culpa como elemento indispensável, nos casos expressos em lei, surgindo a responsabilidade objetiva, quando então não se indaga se o ato é culpável” (STOCO, *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*, 7ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 157).

Art. 3º [...]. § 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no *caput*.

A própria exposição de motivos da Lei n.º 12.846/2013 dá a exata dimensão dos objetivos a serem alcançados com os preceitos acima transcritos, os quais constituem os seus principais pilares:

5. Disposição salutar e inovadora é a da responsabilização objetiva da pessoa jurídica. Isso afasta a discussão sobre a culpa do agente na prática da infração. A pessoa jurídica será responsabilizada uma vez comprovados o fato, o resultado e o nexo causal entre eles. Evita-se, assim, a dificuldade probatória de elementos subjetivos, como a vontade de causar um dano, muito comum na sistemática geral e subjetiva de responsabilização de pessoas naturais.

A concepção desse sistema na Lei n.º 12.846/2013 é fundamental porque será exatamente a partir da responsabilização objetiva que o empresário brasileiro íntegro se tornará o maior interessado na prevenção da ocorrência de práticas corruptas em sua empresa, tornando-o empenhado na vigilância interna capaz de impedir ou, pelo menos, rapidamente identificar e corrigir quaisquer irregularidades.

Assim, para que haja responsabilidade com base na Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas, é imprescindível demonstrar a *relação de causalidade* entre o ato praticado e a pessoa jurídica envolvida. Esse nexo causal se dará a partir de uma ficção legal estabelecida no sentido de que, como a pessoa jurídica criou, para o objeto protegido pela lei, uma situação de perigo juridicamente proibida ao não implementar, de modo efetivo, o seu programa de integridade, ela deverá ser responsabilizada sempre que esse perigo se materializar no resultado típico não desejado pelo legislador. O efeito prático é evidente:

[...] a empresa não poderá alegar que desconhecia a conduta do funcionário. Ou melhor: ainda que faça essa alegação, a empresa responderá pelo dano, desde que haja nexo causal ligando o ato do empregado à empresa beneficiada. Observe-se, na linha do art. 2º, que benefício nem precisa ser exclusivo da empresa, basta que haja interesse – que também não precisa ser exclusivo – na conduta do empregado, vinculada às atividades da empresa, repita-se.⁴²⁴

Outra questão de matiz profundamente prática envolve a pessoa que realiza a ação ou omissão propriamente dita, a qual pode ser um funcionário da pessoa jurídica, agindo dentro ou fora de suas funções habituais, ou um representante que atue em seu nome, ainda que sem qualquer

⁴²⁴ NETTO, “Uma nova hipótese de responsabilidade objetiva na ordem jurídica brasileira? O Estado como vítima de atos lesivos”, *op. cit.*, p. 43.

vínculo formal, como um advogado particular ou um lobista, por exemplo.⁴²⁵ Por outro lado, também não pode ser um estranho que, sem qualquer autorização verbal ou mandato, venha a praticar ato que, de qualquer modo, beneficie a pessoa jurídica, pois, nesse caso, estar-se-ia diante de uma situação de risco que a pessoa jurídica não teria como evitar. Situação interessante é a que diz respeito à prática de ato lesivo por pessoa não identificada, mas em que o nexo de causalidade e, via de consequência, a responsabilidade é reconhecida, como no envio de uma mensagem por e-mail com oferecimento de vantagem indevida a funcionário público que, comprovadamente, partiu da empresa, sem possibilidade de identificação do emitente.

O § 1º do art. 3º da Lei n.º 12.846/2013 foi profundamente feliz ao prever a completa e total separação entre a responsabilização das pessoas jurídicas e a responsabilização individual das pessoas naturais, pois a conduta de “dar ou pagar vantagem indevida” não está indicada no tipo penal do art. 333 do Código Penal Brasileiro. Assim, se um funcionário público toma a iniciativa de solicitar determinada vantagem indevida e o representante de uma pessoa jurídica, aquiescendo, entrega a vantagem solicitada em troca da prática de um ato administrativo que favoreça a empresa, o funcionário público responderá por corrupção passiva (art. 317 do Código Penal), a conduta do representante da corporação será atípica e pessoa jurídica será responsabilizada à luz do inciso I do art. 5º da Lei n.º 12.846/2013.

Há quem entenda, entretanto, que a abertura dada pelo parágrafo único do art. 927 do Código Civil para a responsabilização objetiva não é ilimitada. Isso porque, para essa corrente, o art. 173, § 5º, da Constituição Federal estabeleceu marcos para a atuação do legislador em relação à aplicação de sanções às pessoas jurídicas ao estabelecer que “[a] lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

Como a Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas tem por objetivo a responsabilização não penal dos atos ilícitos praticados contra a Administração Pública nacional e estrangeira, fica a questão: se a base dos sistemas de responsabilidade no Brasil é subjetiva e se a

⁴²⁵ “Se o agente é visto como representante, como alguém que atua como tal e fala e age em nome da pessoa jurídica ou para seu benefício, e essa nada faz para impedir que continue a fazê-lo, haverá relação apta a gerar responsabilidade nos termos da Lei. Não é por outra razão que a legislação inglesa expressamente dispõe que o que diz se a pessoa atua para ou em nome da pessoa jurídica são as circunstâncias relevantes do caso concreto, não importando o vínculo formal entre agente e empresa. Lembremos, mais uma vez, que as pessoas jurídicas doravante não têm somente o dever de não corromper, mas sobretudo o dever de ativamente tentar evitar a prática de corrupção em seus domínios, o que faz com que, detectando situação de anormalidade (p.e. pessoa se dizendo sua representante e oferecendo vantagens) tenham a obrigação de comunicar às autoridades e adotar demais providências cabíveis para prevenir responsabilidades” (FILHO, “Comentários aos artigos 1º ao 4º da Lei Anticorrupção”, in *Lei Anticorrupção e temas de compliance*, 2ª ed., org. J. M. SOUZA, et al., Salvador, JusPodivm, 2017, p. 66).

responsabilização objetiva tem limites estabelecidos na Carta Magna, seria constitucional o regime sancionatório das pessoas jurídicas estabelecido na Lei n.º 12.846/2013?

O Partido Social Liberal (PSL) deflagrou essa discussão no Supremo Tribunal Federal ao ajuizar, em março de 2015, a ADIn n.º 5.261/DF para ver declarada a inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º, além do § 1º do art. 3º, todos da Lei n.º 12.846/2013. O PSL alega, em resumo, que a Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas teria adotado a *Teoria do Risco Integral*, cujo regime de aplicação de sanções independe da presença de circunstâncias que normalmente seriam consideradas excludentes de responsabilidade. Teria, assim, violado os dispositivos constitucionais que estabelecem a não transcendência da pena (art. 5º, inciso XLV) e asseguram o devido processo legal (inciso LIV do mesmo artigo).

Apesar de essa ação direta de inconstitucionalidade ainda não ter sido julgada pela Corte Constitucional brasileira, o Procurador-Geral da República já se manifestou pela improcedência do pedido, rechaçando a suposta violação do inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal a partir da premissa de que a Lei n.º 12.846/2013 não se insere no âmbito do Direito Penal, razão pela qual “não há pertinência entre o postulado da não transcendência das penas e a questão posta nesta ação direta de inconstitucionalidade – responsabilização civil e administrativa de pessoas jurídicas no interesse das quais tenha sido praticado ato ilícito, autonomamente em relação a pessoas físicas.”⁴²⁶

Afastada a natureza penal da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas, não pode vingar o entendimento de “não haver lugar para a responsabilidade objetiva ainda que seja ela reconhecida como um instrumento de direito administrativo sancionador”⁴²⁷, pois, na precisa lição de Fábio Medina Osório,

Se há obrigações de a pessoa jurídica alcançar determinados resultados ou evitar certos efeitos ou ato, resulta possível sancionar as omissões ou ações violadoras desses preceitos de forma objetiva, desde que tal perspectiva derive, implícita ou expressamente, da norma aplicável ao caso concreto. Não há, e isso é importante enfatizar, nenhuma exigência constitucional específica de culpabilidade das pessoas jurídicas, especialmente no Direito Administrativo Sancionador, é dizer, exigência que delimite, a priori, os conteúdos necessários. Por isso mesmo, é possível ao Direito Administrativo Sancionador estabelecer ‘penas’ às pessoas jurídicas, inclusive penas de dissolução desses entes, o que equivaleria, em uma grosseira analogia, à pena de morte, em que a relação de proporcionalidade é

⁴²⁶ MONTEIRO DE BARROS, *Parecer n.º 395/2016-AsJConst/SAJ/PGR*, ADIn. n.º 5.261/DF, 18 de janeiro de 2016. No mesmo sentido: “De tudo, pode-se extrair que esta Lei Anticorrupção não contém regra de natureza penal criminal, nem suas sanções, pelo que seus veredictos não obstat a abertura da instância criminal no juízo natural competente nem suas sanções impedem as penas criminais ou constituem em face delas *bis in idem*” (DIPP/CASTILHO, *op. cit.*, p. 17).

⁴²⁷ BOTTINI/TAMASAUSKAS, “A controversa responsabilidade objetiva na denominada Lei Anticorrupção”, in *Revista Consultor Jurídico*, 9 de dezembro de 2014 [disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-09/direito-defesa-controversa-responsabilidade-objetiva-lei-anticorrupcao>, acesso em 27 de novembro de 2016].

sempre difícil. Todavia, as medidas que se encaixem nos pressupostos e funcionalidades das sanções haverão de obedecer ao devido processo legal, no qual a culpabilidade aparece como uma das ferramentas mais importantes de interdição à arbitrariedade dos Poderes Públicos. Se a arbitrariedade está proibida, não se vê razão para que as pessoas jurídicas sejam castigadas sem arrimo em critérios subjetivos, mas tão somente porque descumpriram metas. É certo que medidas correicionais, de controle administrativo ou de polícia, podem sempre ser adotadas. Não se confundem, no entanto, com as genuínas sanções administrativas.⁴²⁸

Ademais, os preceitos da Lei n.º 12.846/2013 não contrariam as bases constitucionais vigentes, mas sim as reafirmam, pois, se o § 5º do art. 173 da Constituição Federal prevê, objetivamente, a responsabilização das pessoas jurídicas nos atos praticados contra a *ordem econômica*, e se a *ordem econômica*, de acordo com a própria Carta Magna, “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observando-se, inclusive, o princípio da livre concorrência (art. 170, *caput* e inciso IV), é plenamente adequado e constitucional o regime de responsabilização adotado pela Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas em seus arts. 1º, *caput*, 2º e 3º, § 1º. Isso porque a mesma, em primeiro lugar, pune expressamente os atos de frustrar ou fraudar o caráter competitivo de procedimento licitatório público, o que, por óbvio, atenta contra a livre concorrência. Além disso, como a Lei n.º 12.846/2013 tem por objetivo a responsabilização não penal dos atos ilícitos praticados contra a Administração Pública nacional e estrangeira, ela obrigatoriamente integra o sistema legislativo brasileiro de prevenção e combate à corrupção e, assim, inegavelmente sua finalidade mediata acaba sendo a proteção da *dignidade da pessoa humana* – exatamente uma das finalidades da ordem econômica –, mormente em se reconhecendo o direito de viver em um ambiente livre de corrupção como um direito fundamental da pessoa humana.⁴²⁹

O próprio Supremo Tribunal Federal, por fim, já reconheceu, em outras oportunidades, as imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, não sendo necessária a identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito para efeito de responsabilização da pessoa jurídica.⁴³⁰

⁴²⁸ OSÓRIO, *Direito Administrativo Sancionador*, *op. cit.*, pp. 402-403. No mesmo sentido: “Ter a Lei optado por prescindir, na responsabilização de empresas e pessoas coletivas, de qualquer elemento de culpa ou dolo é sintoma de que, na prática, muitas vezes, a incursão nessa seara da vontade do agente acaba por gerar déficits de punição inaceitáveis, permitindo que o processo de castigo estatal seja evitado por meio de expedientes defensivos que jogam com a dificuldade, ou mesmo a impossibilidade, de se provar a vontade de uma pessoa. E muito embora seja uma característica geral do Direito Administrativo Sancionador, como manifestação do direito de punir condutas socialmente lesivas, a consideração do elemento volitivo do agente, de modo a se evitar sanções imerecidas e se prestigiar a razoabilidade, trata-se de exceção válida e sem qualquer mácula de inconstitucionalidade. A responsabilidade objetiva, neste caso direcionada exclusivamente em face de pessoas jurídicas, é trazida por meio de lei formal, que tem por escopo tutelar a contento direito de repercussão social gravíssima, o direito à probidade nos negócios do Estado e entre particulares e esse” (FILHO, *op. cit.*, pp. 59-60).

⁴²⁹ Vide, a esse respeito, Capítulo I, Item 2.3.2.

⁴³⁰ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, § 3º, da Carta Política a uma concreta imputação também

Todos esses questionamentos certamente decorrem do fato de a Lei de Integridade de Pessoas Jurídicas estabelecer, a partir da responsabilidade objetiva, um novo cenário de riscos de sancionamento principalmente para o empresariado.⁴³¹ O grau de exposição às punições, entretanto, variará de acordo com o comportamento que será adotado por cada corporação, sendo maior para aquelas que não se preocuparem com a implementação de programas de integridade para orientar, controlar e, eventualmente, punir os seus próprios funcionários, e menor para as empresas que investem na prevenção, procedem de forma correta e têm a integridade como valor ínsito aos negócios.

A responsabilidade objetiva do regime sancionatório da Lei n.º 12.846/2013, por tudo isso, possui total suporte constitucional e sua eventual eliminação importaria não apenas em violação daquilo que ficou pactuado pelo Brasil na Convenção da OCDE, mas também em completa dilaceração da própria essência da lei e dos nobres objetivos que deseja ver alcançados.

2.4 Respeito ao princípio *non bis in idem*

2.4.1 No plano interno

Não é incomum a previsão sancionatória de uma mesma conduta em várias leis diferentes sem que isso implique, necessariamente, uma antinomia do sistema jurídico vigente. Isso acontece, por exemplo, com a ação do agente público de “receber presente ou vantagem de alguém que tenha interesse na prática de ato administrativo de sua competência”, conduta, esta, considerada ilícita de acordo com (a) o inciso XV, alínea “g”, da Seção III do Decreto-Lei n.º 1.171/1994 (Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal)⁴³²; com

a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE n.º 548181, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213, DIVULG 29-10-2014, PUBLIC 30-10-2014).

⁴³¹ “A nova realidade, portanto, exige, por parte das empresas, um compromisso integral de não compactuar com atos de corrupção. Diante desse cenário, em que estruturar os negócios com base em princípios éticos deixa de ser uma opção e torna-se um pressuposto de funcionamento e sobrevivência, ganham especial relevância questões como integridade e cooperação, temas esses que, conforme veremos, não foram esquecidos pela Lei n.º 12.846/2013” (CAPANEMA, “Inovações da Lei n.º 12.846/2013”, in *Lei Anticorrupção Empresarial – aspectos críticos à Lei n.º 12.846/2013*, org. M. D. NASCIMENTO, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2014, p. 22).

⁴³² Seção III, inciso XV, DL n.º 1.171/1994. É vedado ao servidor público; [...] g) pleitear, solicitar, provocar, sugerir ou receber qualquer tipo de ajuda financeira, gratificação, prêmio, comissão, doação ou vantagem de qualquer espécie, para si, familiares ou qualquer pessoa, para o cumprimento da sua missão ou para influenciar outro servidor para o mesmo fim.

(b) o art. 117, inciso XII, da Lei n.º 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais)⁴³³; com (c) o art. 5º, inciso VI, da Lei n.º 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses)⁴³⁴; com (d) o art. 9º, inciso I, da Lei n.º 8.429/92 (Lei de Defesa da Probidade Administrativa)⁴³⁵; com (e) o art. 317 do Código Penal⁴³⁶.

Segundo a lição de Carlos Maximiliano,

Pode ser promulgada nova lei, sobre o mesmo assunto, sem ficar tacitamente ab-rogada a anterior: ou a última restringe apenas o campo de aplicação da antiga; ou, ao contrário, dilata-o, estende-o a casos novos; é possível até transformar a determinação especial em regra geral. Em suma: a incompatibilidade implícita entre duas expressões de direito não se presume; na dúvida, se considerará uma norma conciliável com a outra. O jurista Paulo ensinara que – as leis posteriores se ligam às anteriores, se lhe não são contrárias; e esta última circunstância precisa ser provada com argumentos sólidos: *Sed et posteriores leges ad priores pertinente, nisi contrarie sint idque multis argumentis probatur*.⁴³⁷

Em se tratando de direito sancionatório, particularmente, é fundamental a realização de um correto e adequado trabalho de hermenêutica não apenas em prol da unidade e da compatibilidade do sistema jurídico, mas também para evitar que alguém seja processado e punido mais de uma vez pelo mesmo fato (princípio *non bis in idem*), o que importaria em violação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)⁴³⁸, incorporado ao ordenamento brasileiro pelo Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. É importante assinalar, desde logo, que o princípio *non bis in idem* repercute inclusive sobre pessoas jurídicas e incide, também, sobre sanções de natureza diversa da penal, até porque a própria Convenção da OCDE admite tal forma de responsabilização e tais espécies de penalidades.

Diante dessa conclusão, no exemplo citado, o primeiro passo é agrupar as hipóteses de acordo com a respectiva instância: as hipóteses previstas nos itens (a) e (b) são julgadas na seara *administrativa*, enquanto as previstas nos itens (c), (d) e (e), na seara *jurisdicional*. Assim, dada

⁴³³ Art. 117 da Lei n.º 8.112/90. Ao servidor é proibido: [...] XII – receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições.

⁴³⁴ Art. 5º da Lei n.º 12.813/2013. Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal: [...] VI – receber presente de quem tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe fora dos limites e condições estabelecidos em regulamento.

⁴³⁵ Art. 9º da Lei n.º 8.429/92. Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: I – receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público.

⁴³⁶ Art. 317 do Código Penal. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

⁴³⁷ MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 292.

⁴³⁸ Art. 8º, n.º 4, do Pacto de São José da Costa Rica. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

a *independência das instâncias*⁴³⁹, não se confundem as normas inseridas em grupos de naturezas diferentes. Numa segunda etapa, é ainda necessário resolver o conflito aparente de normas existentes dentro de um mesmo grupo. No âmbito da instância administrativa, vale observar que, enquanto no item (a) há apenas a previsão da pena de censura, para o item (b) estão previstas as sanções de advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada (art. 127 da Lei n.º 8.112/90). Assim, como preveem penas de espécies diferentes, as duas leis do mesmo grupo (sanções de natureza administrativa) podem ser aplicadas concomitantemente. Já na instância jurisdicional devem ser separadas as sanções não penais (c) e (d) das sanções penais (e), as quais também podem ser paralelamente aplicadas em relação a um mesmo fato sem que se possa alegar qualquer ranhura ao princípio *non bis in idem*. Por fim, no último estágio do trabalho hermenêutico, a fim de resolver o conflito aparente entre as duas normas de natureza não penal (c) e (d), cujas respectivas sanções são (ou podem ser) aplicadas no âmbito do Poder Judiciário, deve-se considerar, pelo *critério da especialidade*⁴⁴⁰, que a Lei n.º 12.813/2013 é exclusiva para o Poder Executivo Federal (art. 10) e, nesse particular, ela é posterior e, por isso mesmo, derroga a Lei n.º 8.429/92 (*lex posterior derogat priori*). Assim, como a lei especial restringe o campo de aplicabilidade da lei geral, se um agente público *federal* incorrer na conduta exemplificativamente descrita responderá ele apenas e tão-somente pela Lei de Conflito de Interesses, até porque, de acordo com o seu art. 12, aquele que “praticar os atos previstos nos arts. 5º e 6º desta Lei incorre em improbidade administrativa, na forma do art. 11 da Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, quando não caracterizada qualquer das condutas descritas nos arts. 9º e 10 daquela Lei”.

Na busca de uma total compatibilização entre os sistemas normativos da Lei de Defesa da Probidade Administrativa (Lei n.º 8.429, de 1992) e da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas (Lei n.º 12.846, de 2013) a situação não é diferente. O trabalho hermenêutico, nesse particular, deve partir de algumas premissas: 1) ambas estão inseridas em contexto de direito sancionatório; 2) algumas das condutas nelas descritas podem se relacionar a um mesmo fato; 3) há coincidência entre algumas de suas sanções, sendo que, em ambas as leis, todas elas são

⁴³⁹ Vide, a esse respeito, Capítulo II, Item 4.4.

⁴⁴⁰ “A disposição especial afeta a geral, apenas com restringir o campo da sua aplicabilidade; porque introduz uma exceção ao alcance do preceito amplo, exclui da ingerência deste algumas hipóteses. Portanto o derroga só nos pontos em que lhe é contrária. Na verdade, a regra especial posterior só inutiliza em parte a geral anterior, e isto mesmo quando se refere ao seu assunto, implícita ou explicitamente, para alterá-la. Derroga a outra naquele caso particular e naquela matéria especial a quem provê ela própria” (MAXIMILIANO, *op. cit.*, p. 294).

ou podem ser aplicadas no âmbito do Poder Judiciário⁴⁴¹; 4) ambas têm por objetivo a responsabilização não penal dos atos ilícitos praticados contra a Administração Pública.

O caminho da adequada compatibilização entre os dois diplomas legais passa, fundamentalmente, pelo reconhecimento que a Lei de Defesa da Probidade Administrativa foi concebida, originalmente, para *pessoas físicas*, enquanto que a Lei n.º 12.846/2013, desde o seu projeto original, foi pensada exclusivamente para *pessoas jurídicas*, como já destacado neste Capítulo, o que torna esta última especial em relação à primeira. Isso fica muito claro pelo exame das próprias sanções previstas no art. 12 da Lei n.º 8.429/92, as quais foram idealizadas para as pessoas naturais: a “suspensão dos direitos políticos” e a “perda da função pública”, por exemplo, atingem diretamente os agentes públicos, não fazendo qualquer sentido a aplicação de tais sanções a pessoas jurídicas. Nessa linha, mesmo em relação à sanção prevista na lei para atingir os particulares que se relacionam com a Administração Pública – “proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário” –, percebe-se, por sua redação, que ela foi concebida para as pessoas físicas, exatamente por força da utilização da expressão “sócio”.

Não se nega, entretanto, que sempre se admitiu que as pessoas jurídicas figurassem no polo passivo de ações por ato de improbidade administrativa, aplicando-se-lhes sanções quando incorriam, dolosamente, em uma das condutas descritas no art. 3º da Lei n.º 8.429/92. Isso se devia muito mais a uma lacuna existente no sistema legal sancionatório das pessoas jurídicas do que ao texto legal propriamente dito, pois, quando afirma que “as disposições da Lei de Defesa da Probidade Administrativa são aplicáveis, no que couber, àquele que, *mesmo não sendo agente público*, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”, o art. 3º sempre pareceu querer se reportar às pessoas físicas que não se enquadrem na aceção legal de agente público (art. 2º da Lei n.º 8.429/92).

Dá a importância da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas para a harmonização do sistema de responsabilização não penal dos atos ilícitos praticados contra a Administração Pública, pois, sendo posterior à Lei n.º 8.429/92, as pessoas jurídicas doravante não mais responderão por atos

⁴⁴¹ Acerca das sanções de natureza administrativa previstas na Lei n.º 12.846/2013, vale lembrar que, de acordo com o seu art. 20, as mesmas poderão ser aplicadas cumulativamente com as sanções judiciais nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.

de improbidade administrativa⁴⁴², mas pelos atos lesivos capitulados no art. 5º da Lei n.º 12.846/2013, garantindo-se, assim, segurança jurídica e evitando-se o *bis in idem* que poderia decorrer da interpretação isolada do art. 30 da LIPJ.⁴⁴³

É por tudo isso que, na Lei n.º 12.846/2013, o art. 3º deve ser interpretado sistematicamente⁴⁴⁴ com o inciso I do art. 30: “A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito”, *razão pela qual* “a aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992”. Em outras palavras: a Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas quis apenas reforçar que, se forem aplicadas sanções administrativas ou judiciais à pessoa jurídica, não estarão os seus respectivos gestores ou representantes imunizados de responsabilização à luz da Lei de Defesa da Probidade Administrativa. O § 2º do art. 2º da LIPJ, aliás, reforça esse entendimento ao afirmar que “os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua *culpabilidade*”, o que significa que as pessoas físicas deverão ser responsabilizadas à luz de um regime de *responsabilidade subjetiva* (e não objetiva), qual seja, o da Lei n.º 8.429/92.

Uma interpretação estritamente literal do inciso II do art. 30 da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas também poderia dar margem à ocorrência de *bis in idem*, eis que a previsão legal é no sentido de que a aplicação de suas sanções não afeta os processos de responsabilização e aplicação das penalidades próprias dos ilícitos administrativos previstos na Lei de Licitações. Isso porque algumas das condutas descritas como ilícitos administrativos na Lei n.º 8.666/1993 também são consideradas atos lesivos segundo a Lei n.º 12.846/2013. Merece destaque, a esse respeito, a previsão da prática, por empresas (e não por quaisquer pessoas jurídicas), de “quaisquer atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação” (art. 88, inciso II). Ora, de acordo com o art. 3º, *caput*, da mesma lei, a licitação destina-se a garantir a observância do

⁴⁴² “Pode-se afirmar que não há outra interpretação possível senão a de que a Lei 12.846/2013 derogou as disposições da Lei 8.429/1992 em relação à sua aplicação às pessoas jurídicas. Interpretação diversa geraria uma antinomia e, conseqüentemente, conduziria à ocorrência inevitável do *bis in idem*. Assim, a previsão de que a aplicação da Lei Anticorrupção ‘não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades’, decorrentes da Lei de Improbidade, alcança tão somente as pessoas naturais, agentes públicos ou não, dado que para as pessoas jurídicas somente se aplicam as disposições da Lei Anticorrupção. Na hipótese de não ser possível enquadrar determinada conduta de uma pessoa jurídica nos tipos previstos na Lei Anticorrupção, ela não poderá ser tipificada como ato de improbidade” (TOJAL, Interpretação do artigo 30 da Lei 12.846/2013”, in *Revista dos Tribunais*, n.º 103, vol. 947, setembro de 2014, p. 293).

⁴⁴³ Art. 30 da Lei n.º 12.846/2013. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I – ato de improbidade administrativa nos termos da Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992; e II – atos ilícitos alcançados pela Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC instituído pela Lei n.º 12.462, de 4 de agosto de 2011.

⁴⁴⁴ “O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos. Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço” (MAXIMILIANO, *op. cit.*, p. 105).

princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Se assim o é, aplicando-se as regras do Microsistema Brasileiro de Prevenção e Combate à Corrupção, pode-se afirmar que se inserem nesse mesmo contexto todas as alíneas previstas no inciso IV do art. 5º da Lei n.º 12.846/2013, ficando excluídos da incidência das sanções previstas na Lei de Licitações todos os demais incisos (I, II, III e V) do art. 5º da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas.⁴⁴⁵

Assim, para evitar que a pessoa jurídica seja responsabilizada mais de uma vez com a mesma sanção pelo mesmo fato, o Decreto n.º 8.420, de 18 de março de 2015, prevê o seguinte, em seus arts. 12 e 16:

Art. 12. Os atos previstos como infrações administrativas à Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei n.º 12.846, de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, aplicando-se o rito procedimental previsto neste Capítulo.

Art. 16. Caso os atos lesivos apurados envolvam infrações administrativas à Lei n.º 8.666, de 1993, ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública e tenha ocorrido a apuração conjunta prevista no art. 12, a pessoa jurídica também estará sujeita a sanções administrativas que tenham como efeito restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a administração pública, a serem aplicadas no PAR.

É fácil perceber que, para evitar um exercício de hermenêutica mais apurado, o decreto que regulamentou a Lei n.º 12.846/2013 se preocupou em esclarecer que uma conduta, considerada ilícita tanto pela Lei de Licitações como pela Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas, deverá ser apurada e julgada no mesmo processo administrativo. Nesse caso, além das sanções previstas nos incisos I e II do art. 6º da LIPJ, também poderão ser aplicadas as sanções de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos (art. 87, inciso III) e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (art. 87, inciso IV), ambas previstas na Lei n.º 8.666/93. Fica excluída, assim, a possibilidade de aplicação paralela da multa prevista na Lei de Licitações exatamente para evitar a sobreposição de sanções de mesma natureza.

⁴⁴⁵ Art. 5º, inciso IV, da Lei n.º 12.846/2013. Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, [...] no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.

O Decreto n.º 8.420/2015, assim, acabou por explicitar que a *mens legislatoris*, na verdade, estabeleceu-se no sentido de que as sanções administrativas que tenham como efeito restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública devem ficar limitadas às hipóteses das alíneas do inciso IV do art. 5º da Lei n.º 12.846/2013, ou seja, aos atos lesivos correlacionados às próprias licitações e contratos administrativos.

Há aqui, inegavelmente, uma grande falha na lei, pois, apesar de trazer previsão de penalidades administrativas e judiciais bastante severas e significativas, a Lei n.º 12.846/2013 não fez, para toda e qualquer hipótese de ato lesivo, previsão da *sanção de proibição de contratar com o Poder Público*, como faz a Lei de Defesa da Probidade Administrativa, deixando de fora do rol sancionatório geral aquela que talvez seja a mais eficaz sanção que pode ser imposta a pessoas jurídicas, principalmente aquelas que fazem da contratação pública o mote de seu negócio. Desse modo, se uma empresa for condenada com base o inciso I do art. 5º da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas, em razão, v.g., de um de seus diretores ter oferecido vantagem indevida para um funcionário público, ainda assim poderá ela continuar a participar de licitações públicas.

2.4.2 No plano externo

Seguindo as diretrizes traçadas na Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, a Lei n.º 12.846/2013 adotou, em seu art. 28, o *critério da nacionalidade ativa* ao prever que suas sanções também serão aplicáveis aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a Administração Pública estrangeira, “ainda que cometidos no exterior”. Acontece que, por força da mesma convenção, vários países também estabeleceram punições para os mesmos ilícitos quando praticados em seus respectivos territórios, ainda que por pessoa jurídica estrangeira, o que poderia importar, em tese, na violação do princípio *non bis in idem* em um contexto de jurisdição internacional.

Surge, então, uma questão profundamente sensível, por envolver o exercício do *ius puniendi* e, via de consequência, aspectos relevantes de soberania: se a pessoa jurídica já foi punida por determinado país, poderia outro puni-la pelo mesmo fato? A Convenção da OCDE, a esse respeito, estabeleceu o seguinte:

Art. 4º. [...] 2. A Parte que tiver jurisdição para processar seus nacionais por delitos cometidos no exterior deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de

sua jurisdição para fazê-lo em relação à corrupção de um funcionário público estrangeiro, segundo os mesmos princípios. 3. Quando mais de uma Parte tem jurisdição sobre um alegado delito descrito na presente Convenção, as Partes envolvidas deverão, por solicitação de uma delas, deliberar sobre a determinação da jurisdição mais apropriada para a instauração de processo.

Assim, conjugando-se as disposições do art. 28 da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas com o art. 4º, n.º 3, da Convenção da OCDE, pode-se concluir que, em situações de *extraterritorialidade*, o fato de haver o interesse do Estado brasileiro de deflagrar internamente a persecução do ilícito não significa, necessariamente, que isso será feito por autoridades brasileiras, pois o texto da Convenção se reporta à necessidade de se determinar qual é a *jurisdição mais apropriada* no caso de haver mais de um Estado com jurisdição sobre aquele fato segundo suas leis internas.⁴⁴⁶

Isso significa, em outras palavras, que o princípio *non bis in idem* deverá ser observado mesmo em um contexto de jurisdição internacional e passará, obrigatoriamente, pela noção de *reconhecimento mútuo*, o qual parte da premissa de que deve existir uma confiança recíproca entre os países, no sentido de um aceitar aplicação de regras de direito sancionatório existentes em um outro, ainda que a solução do sistema jurídico nacional seja diferente. A Convenção da OCDE é importante nesse sentido porque, ao aderirem aos seus fundamentos, os signatários já demonstram que existe um “consenso mínimo quanto à importância do bem jurídico de referência e à necessidade do esforço para além das fronteiras em prol de sua efetiva tutela”.⁴⁴⁷ Além disso, ao prever a extraterritorialidade, a Convenção da OCDE certamente buscou cercar ao máximo a corrupção transnacional, exatamente para que, caso o sistema punitivo de um dos países signatários não funcione, seja acionado o sistema de outro onde o ilícito também produziu efeitos, evitando-se, assim, a impunidade.

Resta claro, assim, que as disposições da Convenção da OCDE e da Lei n.º 12.846/2013 não tiveram a intenção e nem poderão levar à dupla ou tripla incriminação, devendo suas regras serem interpretadas, inclusive, à luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), da qual o Brasil também é signatário, que impede que qualquer pessoa, física ou jurídica, seja processada e punida mais de uma vez pelo mesmo fato, inclusive no plano internacional.

⁴⁴⁶ BAPTISTA, *op. cit.*, p. 119.

⁴⁴⁷ *Id.*, *ibidem*, p. 112.

2.5 Atos lesivos da Lei Federal n.º 12.846/2013 (Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas)

Em vigor no Brasil desde 29 de janeiro de 2014, a Lei Federal n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. É importante destacar, desde logo, que as sanções previstas nessa lei são aplicáveis única e exclusivamente a pessoas jurídicas.⁴⁴⁸ Preenche-se, desse modo, uma grave lacuna da legislação brasileira que, até então, estava voltada precipuamente às pessoas físicas que praticassem ilícitos contra a Administração Pública.

A Lei n.º 12.846/2013 ficou conhecida no Brasil como “Lei Anticorrupção Empresarial”, mas muito melhor seria fosse adotada a tradução da nomenclatura utilizada pela comunidade jurídica internacional: *Brazilian Clean Companies Act – BCCA* –, ou *Lei das Empresas Limpas*⁴⁴⁹. A lei, entretanto, não tem incidência apenas sobre as sociedades empresárias brasileiras, mas também sobre sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou do modelo societário, fundações, associações de entidades ou pessoas, e sociedades estrangeiras que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente. Além disso, os ilícitos nela descritos não guardam subsunção apenas com o crime de corrupção, possuindo uma abrangência muito maior, como será demonstrado mais adiante. Por isso, a nomenclatura mais adequada para tratar a Lei Federal n.º 12.846/2013 é *Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas – LIPIJ* –, pois só assim se pode associar a ela seu verdadeiro sentido e de forma absolutamente positiva.

Como a lei em questão está calcada em um sistema de responsabilidade objetiva⁴⁵⁰, não há a necessidade de demonstração do dolo ou mesmo da culpa para que haja a devida responsabilização da pessoa jurídica, bastando a demonstração de que houve a prática de um ato lesivo, que ele tenha sido praticado por empregado(s) da pessoa jurídica acusada ou terceiro(s) que age(m) em seu nome e que a conduta tenha se dado no seu interesse ou em benefício, exclusivo ou não. Esse regime já supera aquele indicado na Lei n.º 8.429/92 (Lei de Defesa da Probidade Administrativa), o qual, apesar de também ser capaz de gerar

⁴⁴⁸ Há entendimento (minoritário) em sentido contrário, mas esta questão será melhor desenvolvida no Capítulo III, Item 2.2.

⁴⁴⁹ No Brasil, a preferência é sempre pela utilização das expressões em sentido negativo, como acontece com a Lei n.º 8.429/1992, alcunhada de “Lei da Improbidade Administrativa”, e com o adágio “o crime não compensa”. Uma referência positiva certamente ficaria agregada a essas expressões se as referências fossem “Lei da Probidade Administrativa” e “a honestidade compensa”.

⁴⁵⁰ Art. 2º da Lei n.º 12.846/2013. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

responsabilização para pessoas jurídicas de direito privado (art. 3º), sempre exigirá a demonstração de dolo em relação a estas e o envolvimento de pelo menos um agente público para fins de aplicação das sanções ali estabelecidas⁴⁵¹. O confronto dos objetivos das duas leis, aliás, é fundamental não apenas para a compreensão da perfeita harmonia e complementaridade existente entre elas, mas também do alcance dos atos lesivos contra a Administração Pública nacional e estrangeira capitulados na Lei n.º 12.846/2013:

Como não estamos diante de uma lei que cuida de ato de improbidade administrativa, pra cuja prática se exige um servidor público, mas diante de atos lesivos à Administração Pública, que são praticados por particulares, a lei [n.º 12.846/2016] cuida da matéria como sendo, praticamente, o reverso da medalha em relação à Lei de Improbidade Administrativa: enquanto nesta, para ser alcançado, o particular necessita que o agente público pratique um ato de improbidade para o qual, no entanto, ele induz ou concorre, em caso de atos lesivos à Administração Pública deve haver unicamente o comportamento do particular.⁴⁵²

É o art. 5º da Lei n.º 12.846/2013 que traz a listagem dos *atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira*, capazes de gerar responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas. Importa ressaltar, preliminarmente, que, diferentemente do que ocorre na Lei de Defesa da Probidade Administrativa, o rol de ilícitos constante dos incisos do citado artigo é taxativo, não comportando qualquer tipo de extensão. Isso porque a LIPJ utiliza, no *caput* do mencionado art. 5º, a expressão “assim definidos”, a fim de deixar explícito que as condutas que o legislador quis reprimir são única e exclusivamente aquelas ali listadas⁴⁵³. Entendimento em sentido contrário serviria apenas para gerar insegurança jurídica diante da possibilidade de arbitrariedades que poderiam ser praticadas pela autoridade estatal.⁴⁵⁴ Apesar disso, a LIPJ traz uma tipologia extremamente aberta, com a utilização de vários conceitos jurídicos indeterminados, o que oferece ao intérprete uma elevada margem valorativa na análise de cada um dos incisos de seu art. 5º.

⁴⁵¹ Ver, a esse respeito, Capítulo II, Item 4.2.

⁴⁵² DAL POZZO et al., *Lei Anticorrupção: apontamentos sobre a Lei n.º 12.846/2013*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2014, p. 38.

⁴⁵³ No mesmo sentido: GARCIA/ALVES, *op. cit.*, p. 282; PETRELLUZZI/RIZEK Jr., *Lei Anticorrupção – Origens, comentários e análise da legislação correlata*, São Paulo, Saraiva, 2014, p. 62; SANTOS/BERTONCINI/CUSTÓDIO FILHO, *op. cit.*, p. 160; MARINELA/PAIVA/RAMALHO, *Lei Anticorrupção: Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013*, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 84; DEMATTÉ, *Responsabilização de pessoas jurídicas por corrupção – a Lei n.º 12.846/2013 segundo o Direito de Intervenção*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2015, p. 120; HEINEN, *Comentários à Lei Anticorrupção – Lei n.º 12.846/2013*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2015, p. 117; DIPP/CASTILHO, *Comentários sobre a Lei Anticorrupção*, São Paulo, Saraiva, 2016, pp. 42-43. Em sentido contrário, entendendo que a expressa “assim definidos”, da parte final do art. 5º, *caput*, da Lei 12.846/2013, deva ser declarada inconstitucional: CAMBI, “Comentários ao artigo 5º”, in *Lei Anticorrupção: comentários à Lei n.º 12.846/2013*, org. M. BERTONCINI, São Paulo, Almedina, 2014, p. 130.

⁴⁵⁴ “A garantia de que as infrações estejam previamente tipificadas em normas sancionadoras integra, por certo, o devido processo legal da atividade sancionatória do Estado (art. 5º, LIV, CF/88), como tem sido nos países civilizados, mormente no berço histórico do instituto, visto que sem a tipificação do comportamento proibido resulta violada a segurança jurídica da pessoa humana ou jurídica, que se expõe ao risco de proibições arbitrárias e dissonantes dos comandos legais. Sem a garantia da tipicidade, com seus consectários, os cidadãos, as pessoas atingidas ou potencialmente afetadas pela atuação sancionatória estatal ficam expostas às desigualdades, a níveis intoleráveis de riscos de arbitrariedade e caprichos dos Poderes Públicos. Daí porque a garantia em exame é fundamental para demarcar, de plano, o campo mínimo de movimentação dos Poderes Públicos” (OSÓRIO, *Direito Administrativo Sancionador*, *op. cit.*, pp. 230-231).

Outra questão que precisa ser enfrentada diz respeito à suposta exigência de *lesividade* para que reste configurado qualquer ilícito previsto na Lei n.º 12.846/2013, haja vista que seu art. 5º expressamente se reporta a *atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira*. Embora os casos mais frequentes de lesão se refiram ao dano pecuniário, a lesividade a que alude o texto legal abrange tanto o patrimônio material como o imaterial – no caso, a integridade da Administração Pública nacional ou estrangeira –, vez que a ilicitude do comportamento, por si só, já causa a lesão que se pretende coibir. Isso fica bastante claro numa interpretação sistemática da Lei n.º 12.846/2013, a qual, em seu art. 22, § 5º, usa a expressão “reparação do *eventual* dano causado” e, no inciso III de seu art. 7º, diz que será levada em consideração na aplicação das sanções “a consumação ou não da infração”, o que bem demonstra que o ilícito pode não comportar ou até mesmo não chegar até a causação de efetivo prejuízo pecuniário aos cofres públicos.

Ademais, no próprio *caput* do art. 5º da LIJ está indicado que os bens jurídicos que se pretende tutelar são, alternativamente, o patrimônio público nacional ou estrangeiro (a), os princípios da administração pública (b) *ou* os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (c), sendo os dois últimos absolutamente imateriais por sua própria natureza. Pode-se dizer, assim, que, além dos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico⁴⁵⁵, nacional ou estrangeiro (a), a Lei n.º 12.846/2013 também protege a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência⁴⁵⁶ (b), bem como a boa governança, o desenvolvimento econômico dos países e as condições internacionais de competitividade⁴⁵⁷ (c), o que demonstra não haver a necessidade de provar que houve *lesão ao erário* para efeito de caracterização de qualquer dos ilícitos previstos na lei em comento⁴⁵⁸. Esta conclusão, aliás, é reforçada com a utilização do verbo *atentar* no *caput* do próprio art. 5º da LIJ:

[...] o dispositivo em questão utiliza o verbo nuclear ‘atentar’, que significa ‘colocar em perigo’, ‘colocar em risco’. Assim, a mera exposição de tais bens jurídicos a uma mínima lesividade por meio das condutas descritas no artigo 5º já implementa este elemento nuclear. A escolha do verbo mencionado conduz a uma conclusão bastante tranquila: os três bens jurídicos protegidos não necessitam ser violados, ou seja, basta a exposição ao perigo de violação.⁴⁵⁹

⁴⁵⁵ Art. 1º, § 1º, da Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965 (regula a ação popular). Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

⁴⁵⁶ Art. 37 da Constituição Federal. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

⁴⁵⁷ Preâmbulo da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, nos termos do Decreto n.º 3.678, de 30 de novembro de 2000, que promulgou tal convenção.

⁴⁵⁸ No mesmo sentido: MARINELA/PAIVA/RAMALHO, *op. cit.*, pp. 84-88; PETRELLUZZI/RIZEK Jr., *op. cit.*, p. 63.

⁴⁵⁹ HEINEN, *op. cit.*, p. 114.

Analisando-se os atos ilícitos da Lei n.º 12.846/2013, constata-se que estão eles discriminados, em *numerus clausus*, em cinco incisos do art. 5º, sendo que o quarto desses incisos vem destrinchado em sete alíneas.

De acordo com o inciso I, constitui ato lesivo à Administração Pública, nacional ou estrangeira, prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada.

Se confrontado o dispositivo em enfoque com a conduta criminalizada pelo art. 333 do Código Penal vigente (“oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”), que trata da *corrupção ativa*, percebe-se que Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas avançou bastante.

Isso porque, em primeiro lugar, o inciso I de seu art. 5º utiliza a expressão “agente público” (e não “funcionário público”), mas, no § 3º de seu art. 5º, traz apenas o conceito de *agente público estrangeiro*⁴⁶⁰, forçando a utilização da Lei de Defesa da Probidade Administrativa para efeito de definição de *agente público nacional*.⁴⁶¹ Além disso, traz mais um verbo nuclear, qual seja, “dar”, exatamente para superar a deficiência já apontada na legislação penal brasileira que considera atípica, para efeitos penais, a conduta de entregar a “propina” após solicitação ou exigência por parte do funcionário público.

Ainda em sede de comparação com o tipo penal da corrupção ativa, percebe-se que ao dispositivo em análise também foi acrescentada a expressão “direta ou indiretamente”, com o fito de deixar claro que haverá responsabilização ainda que terceira pessoa venha a praticar a conduta ali descrita em prol da pessoa jurídica. Da mesma forma, o dispositivo foi aperfeiçoado para que a pessoa jurídica seja sancionada ainda que terceira pessoa (parente, companheiro, empregado, amigo íntimo, etc.) venha a ser utilizada para efeito de recebimento de vantagem que, em verdade, é destinada ao funcionário público.

Da mesma forma como acontece no crime de corrupção ativa, todas as condutas listadas no inciso I do art. 5º da LIPJ exigem, para a devida consumação do ato lesivo, o *conhecimento do*

⁴⁶⁰ Art. 5º, § 3º, da Lei n.º 12.846/2013. Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

⁴⁶¹ Art. 2º da Lei n.º 8.429/92. Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

agente público. Assim, se o preposto de uma empresa oferece a vantagem indevida, mas o conteúdo da mensagem não chega ao destinatário por circunstâncias alheias à sua vontade (extravio de um e-mail, por exemplo), estará configurado o ilícito na modalidade tentada. Não é por outro motivo que os incisos II e III do art. 7º da Lei n.º 12.846/2013 estabelecem que as sanções poderão ser aplicadas ainda que a vantagem não tenha sido auferida e mesmo que a infração não tenha se consumado.

Ainda em sede de comparação com o crime de corrupção ativa, verifica-se que, no inciso I do art. 5º da Lei n.º 12.846/2013, não há a exigência de que a ação esteja direcionada à prática, à omissão ou ao retardamento de um ato de ofício por parte do funcionário público. Como o objetivo da norma é coibir o início de uma relação inescrupulosa entre empresas e agentes públicos, o ilícito estará caracterizado ainda que a conduta seja praticada sem qualquer intenção (explícita) de obtenção de contrapartida administrativa em favor da pessoa jurídica. Isso certamente exigirá das empresas atenção redobrada em relação à observância dos regulamentos que disciplinam a concessão de presentes, brindes ou hospitalidades a autoridades públicas⁴⁶², estabelecendo-se, inclusive, rígidos sistemas de controle.⁴⁶³

Por último, diferentemente do que ocorre na Lei de Defesa da Probidade Administrativa (art. 9º, *caput*), a qual impõe que a vantagem indevida tenha caráter *patrimonial*, o inciso I do art. 5º da Lei n.º 12.846/2013 não fez qualquer exigência nesse sentido, o que aproxima o ilícito dos tipos penais consagrados nos arts. 317, 333 e 337-B do Código Penal Brasileiro.

O *inciso II* considera lesivo o ato de financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos na LIPJ.

Qualquer pessoa física ou jurídica tem por dever jurídico a prática de atos lícitos, os quais, de acordo com o art. 187 do Código Civil⁴⁶⁴, podem ser compreendidos, *a contrario sensu*, como aqueles que observam os limites impostos pelo seu fim econômico ou social⁴⁶⁵, pela boa-fé e pelos bons costumes.

⁴⁶² Ver, a esse respeito, a Resolução n.º 3, de 23 de dezembro de 2000, da Presidência da República.

⁴⁶³ “O dispositivo também não exige a especificação do benefício pretendido pelo agente ao prometer, oferecer ou dar a aludida vantagem. Assim, para efeito de prova no processo administrativo, cremos que a existência singela do oferecimento caracteriza a infração, sendo desnecessária prova ou especificação do benefício ou favorecimento pretendido pelo autor da proposta. [...] Por óbvio, a vantagem deve ser relevante, a ponto de influenciar o agente público. Não se deve confundir, por exemplo, ações de valorização de imagem institucional de empresas, como a entrega de brindes sem valor econômico relevante, com a outorga de vantagem capaz de influenciar a decisão do agente público” (PETRELLUZZI/RIZEK Jr., *op. cit.*, p. 64).

⁴⁶⁴ Art. 187 do Código Civil Brasileiro. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁴⁶⁵ As empresas, em particular, partindo sempre do dever de observância da boa-fé e dos bons costumes, têm suas *funções econômicas* voltadas para a geração de empregos, para o recolhimento de tributos e, ainda, para a movimentação da economia (compra e venda de bens e prestação

Por isso, a pessoa jurídica que presta a outra, ilicitamente, algum tipo de auxílio material para a prática de atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, e, assim, concorre para facilitar o atingimento do fim almejado por aquela, também será responsabilizada na forma da lei. Ao utilizar, dentre os verbos nucleares, a expressão “de qualquer modo subvencionar”, o dispositivo deixa claro que esse auxílio material a ser prestado não precisa ser, obrigatoriamente, de natureza econômica, podendo vir representado por ajuda ou auxílio de qualquer espécie que seja determinante para a prática de algum dos atos lesivos descritos no art. 5º da LIPJ.

O dispositivo pode alcançar, por exemplo, instituição financeira que, fraudulentamente, fornece seguro-garantia ou fiança bancária a determinada pessoa jurídica, a qual, por sua vez, se vale do documento para participar e se habilitar em determinada licitação (incisos II e III do § 1º do art. 56 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos⁴⁶⁶). Na hipótese em questão, a instituição financeira responderá pelo ato lesivo capitulado no inciso II e a pessoa jurídica, que se vale da documentação falsa no procedimento licitatório, pela alínea “b” do inciso IV, ambos do art. 5º da Lei n.º 12.846/2013.

O ilícito em questão pode, também, ser praticado por omissão. Basta, por exemplo, pensar em uma empresa que, contratada para gerenciar determinada obra pública, negligencia acerca de alguns de seus deveres contratuais de fiscalizar a execução do contrato, gerando facilidades para a empresa responsável pela obra utilizar materiais de qualidade ou em quantidade inferior àquela prevista no instrumento contratual anteriormente formalizado e, assim, obter vantagem ilícita. Nesse caso, a empresa gerenciadora responderá pelo ato lesivo do inciso II e a empresa executora pela alínea “d” do inciso IV, todos do art. 5º da LIPJ.

Note-se que, isoladamente consideradas, a ação (no primeiro exemplo) e a omissão (no segundo exemplo) não configuram ilícitos à luz da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas: em ambos os casos, a conduta auxiliar anterior somente se reveste de importância ao ser identificada a conduta principal posterior. Isso bem demonstra que, para caracterização do ato lesivo do inciso II do art. 5º da LIPJ, sempre haverá a necessidade de se comprovar não apenas a ocorrência de

de serviços), enquanto suas *funções sociais* estão atreladas à solidariedade (CF/88, art. 3º, inc. I), à justiça social (CF/88, art. 170, *caput*), à livre iniciativa (CF/88, art. 170, *caput* e art. 1º, inc. IV), à redução das desigualdades sociais (CF/88, art. 170, inc. VII), à dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, inc. III), aos valores ambientais (CDC, art. 51, inc. XIV) e a outros princípios constitucionais e infraconstitucionais.

⁴⁶⁶ Art. 56 da Lei n.º 8.666/93. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras. § 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: [...] II – seguro-garantia; III – fiança bancária.

qualquer dos verbos nucleares nele indicados (financiar, custear, patrocinar ou subvencionar), mas também pelo menos um dos demais atos lesivos previstos do mesmo artigo, ou seja, corromper funcionário agente nacional ou estrangeiro (inciso I), ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados por interposta pessoa física ou jurídica (inciso III), fraudar licitações e contratos (inciso IV) ou obstruir, de alguma forma, a atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos (inciso V).

A pessoa jurídica, no ilícito em questão, atua como *cúmplice* da pessoa jurídica que pratica o outro ato lesivo capitulado na Lei n.º 12.846/2013. Não há aqui, entretanto, a necessidade de se demonstrar que sua conduta comissiva ou omissiva se deu com esse prévio conhecimento ou ajuste, ou seja, de que o seguro-garantia ou a fiança bancária seriam utilizados em uma licitação, no primeiro exemplo (a), ou de que a empresa responsável pela execução iria utilizar materiais de baixa qualidade na obra pública, no segundo exemplo (b).

Vale lembrar que a responsabilidade objetiva preconizada na Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas, para evitar a impunidade, faz presumir a responsabilidade pelo nexo causal e dispensa a prova do elemento subjetivo do tipo, entregando-se à acusada o dever de demonstrar, como tese defensiva, apenas a idoneidade ou a dispensabilidade da conduta auxiliar anterior em relação à conduta principal posterior.

É ainda lesivo à Administração Pública, nacional, ou estrangeira, o ato de utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados (inciso III).

A Lei n.º 12.846/2013 fez questão de caracterizar como ilícita a conduta da pessoa jurídica que, com o fito de ocultar ou dissimular seu interesse ou sua identidade, utiliza-se de interposta *pessoa física ou jurídica*, real ou fictícia, a qual apenas “empresta” seu nome (funcionando, na linguagem policialesca, como *laranja*, *testa-de-ferro*, *presta nome* ou *straw man*) para a consecução de determinada prática escusa. Normalmente, quando o *laranja* tem ciência de que está sendo utilizado para a prática de um ato ilícito, ele é remunerado pelo serviço prestado. Em outros casos, mais comuns quando há o envolvimento de pessoas com pouca instrução e/ou baixo poder aquisitivo, o *laranja* tem o nome indevidamente utilizado sem o seu conhecimento ou consentimento. Seja em um caso ou em outro, a pessoa jurídica vinculada à ocultação ou dissimulação de seu interesse ou de sua identidade, nos termos da LIPJ, será devidamente responsabilizada.

A utilização de *laranja* para ocultação ou dissimulação de um real interesse ocorre, normalmente, nos crimes de lavagem de dinheiro⁴⁶⁷ (branqueamento de capitais), ou seja, quando a pessoa jurídica usa interposta pessoa apenas para dar aparência de licitude ao produto de um crime. Pode-se dizer que a lavagem de dinheiro, de modo geral, passa por três etapas: (a) colocação (*placement*), quando o produto do crime é desvinculado de sua origem material; (b) dissimulação (*layering*), quando sucedem várias transações de modo a obstar o rastreamento da origem do dinheiro; (c) integração (*integration*), reintegração da pecúnia em negócios lícitos. É exatamente na segunda etapa do processo de lavagem de dinheiro que ocorre o ato lesivo em análise, o qual, mais recentemente, vem sendo praticado via empresas de consultoria, como explica Peter Lilley:

Conforme as transações bancárias foram se tornando cada vez mais arriscadas, e os regulamentos contra a lavagem de dinheiro vieram a incluir outros setores de negócios além do mundo financeiro, a solução evidente para o lavador de dinheiro foi lavá-lo ele mesmo. Ainda que a preferência dos lavadores recaísse anteriormente sobre os negócios que implicam grandes fluxos de caixa, tornou-se mais prudente montar empresas de fachada cuja única razão de ser é a lavagem de dinheiro. Embora seja aparentemente lógico operar entidades que reconhecidamente movimentam muito dinheiro, a lógica também impôs a montagem de empresas que lidam com coisas intangíveis. As empresas de consultoria, por exemplo, podem operar em bases globais e receber grandes honorários pelos serviços prestados remetidos por clientes do mundo todo. Estabelecendo essas empresas, os criminosos conseguem realizar negócios legítimos, pagar os impostos correspondentes e debitar de outras entidades controladas por eles serviços que nunca prestaram.⁴⁶⁸

No tocante à celebração de contratos administrativos, podem surgir situações em que a pessoa jurídica necessita de um intermediário para ocultar ou dissimular a identidade dos reais beneficiários dos atos praticados. Agentes públicos, muitas vezes, desenvolvem atividades remuneradas em favor de determinadas empresas inescrupulosas, mesmo diante das vedações constantes do art. 5º da Lei n.º 12.813/2013, ou seja, ainda que haja a caracterização de conflito de interesses⁴⁶⁹. Assim, para que esses agentes possam ser ocultamente remunerados pelos serviços prestados, a empresa beneficiária normalmente celebra contratos fictícios com parentes ou amigos do destinatário ou com pessoas jurídicas por ele indicadas, a fim de que o agente

⁴⁶⁷ Art. 1º da Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998. Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

⁴⁶⁸ LILLEY, *Lavagem de dinheiro: Negócios ilícitos transformados em atividades ilegais* [Trad. Eduardo Lasserre, São Paulo, Futura, 2001], p. 93.

⁴⁶⁹ Art. 5º da Lei n.º 12.813/2013. Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal: I – divulgar ou fazer uso de informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas; II – exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe; III – exercer, direta ou indiretamente, atividade que em razão da sua natureza seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego, considerando-se como tal, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas; IV – atuar, ainda que informalmente, como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados nos órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; V – praticar ato em benefício de interesse de pessoa jurídica de que participe o agente público, seu cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, e que possa ser por ele beneficiada ou influir em seus atos de gestão; VI – receber presente de quem tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe fora dos limites e condições estabelecidos em regulamento; e VII – prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado.

público possa, via terceiros, receber a vantagem indevida combinada. Se a pessoa jurídica que acaba formalizando o contrato administrativo foi *criada* apenas para essa finalidade, incidirá a hipótese da alínea “e” do inciso IV do art. 5º da Lei n.º 12.846/2013, e não o ilícito em análise.

É interessante notar que, sempre que o *laranja* for também uma pessoa jurídica, incorrerá na prática do ato lesivo descrito no inciso II do art. 5º previsto na LIPJ, eis que, assim agindo, estará prestando auxílio àquela que é a verdadeira interessada. Se ficar constatado que a pessoa jurídica foi criada apenas e tão-somente para ocultar ou dissimular o interesse ou a identidade de uma outra, o caso será típico de aplicação em seu desfavor da mais grave das sanções judiciais previstas na Lei n.º 12.846/2013: a *dissolução compulsória* (inciso III do art. 19), em vista da disposição expressa contida no inciso II do § 1º do art. 19 da LIPJ⁴⁷⁰.

Adentrando na tutela da lisura das licitações e contratos administrativos, o inciso IV, alínea “a”, estabelece que deve ser sancionada a conduta de frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público.

É interessante notar, aqui, que a descrição da conduta ilícita em muito se assemelha àquela já examinada na Lei n.º 12.529/2011, ou seja, “acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma, preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública” (art. 36, § 3º, inciso I, alínea “d”). Entretanto, conforme previsão constante da própria Lei Antitruste, a repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei (art. 35), mesmo no plano meramente administrativo, como acontece em relação àqueles previstos na Lei n.º 12.846/2013.

Os verbos nucleares do tipo são *frustrar* e *fraudar*, os quais possuem significados bastante diferentes: enquanto o primeiro pressupõe a ideia de impedir ou obstar, o segundo passa a ideia de criar um engodo ou burlar, mediante expediente ardiloso, o caráter competitivo da licitação. Assim, são consideradas ilícitas tanto a conduta de combinar preços, com a formação de cartel (*bid rigging*), como também a apresentação de dados ou informações incorretas ou de documentos material ou ideologicamente falsos.

⁴⁷⁰ Art. 19, § 1º, da Lei n.º 9.613/2013. A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado: [...] II – ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

A consumação do ilícito se dá diante da constatação da ocorrência de prejuízo ao caráter competitivo da licitação, de modo que, se por um acaso alguns licitantes ajustarem previamente os preços a serem ofertados à Administração Pública, mas um outro que não fazia parte do acerto acaba se sagrando vencedor por preço abaixo daquele praticado no mercado, o ilícito em questão não estará consumado, podendo, dependendo do caso concreto, ficar configurada apenas a tentativa (inciso III do art. 7º da Lei n.º 12.846/2013). Acrescente-se que, assemelhando-se ao que ocorre em seu congêneres de natureza penal – o crime previsto no art. 90 da Lei de Licitações⁴⁷¹ –, o ilícito estará consumado independentemente da causação de prejuízo econômico para o Poder Público ou do enriquecimento de qualquer dos envolvidos, bastando, para tanto, a simples ruptura do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar pela via do ajuste, combinação ou qualquer outro expediente entre eles estabelecido.

É interessante notar, por fim, que o ilícito pode restar configurado por uma ação isolada de pessoa(s) jurídica(s), sem a intervenção de qualquer agente público, mas, se houver a participação colusiva deste, será ele enquadrado na Lei de Defesa da Probidade Administrativa, enquanto a pessoa jurídica responderá por este ilícito da Lei n.º 12.846/2013, como será demonstrado no Capítulo III.

A Lei n.º 12.846/2013, dentro do mesmo escopo, também considera lesivo o ato de impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público (inciso IV, alínea “b”).

O ilícito em questão é mais restrito do que aquele da alínea anterior, pois aqui o impedimento, a perturbação ou a fraude originados de conduta da pessoa jurídica que participa do certame se reportam a um ou mais atos do processo de licitação, mas não comprometem o seu resultado por inteiro e, via de consequência, não eliminam o seu caráter competitivo. Não há exigência no sentido de que a conduta que se quer coibir cause prejuízo para a Administração Pública, ou mesmo que o processo seja de alguma forma atingido pelos vícios da ilicitude perpetrada. Entretanto, a consumação somente se dará se as condutas nucleares forem praticadas no curso do procedimento licitatório, o que significa que eventuais falsidades documentais perpetradas após a contratação administrativa preencherão, na ausência de outros elementos específicos, unicamente ilícitos de natureza penal, aos quais estarão sujeitos apenas as pessoas físicas.

⁴⁷¹ Art. 90 da Lei n.º 8.666/93. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Impedir significa obstruir ou não permitir que seja realizado qualquer dos atos administrativos integrantes de cada uma das fases do procedimento licitatório. A consumação do ilícito se dá no momento em que o respectivo ato administrativo deveria ser praticado e não o é em razão da conduta ativa do licitante. Aqui está enquadrada, por exemplo, a conduta de impedir, por violência ou grave ameaça, que determinado licitante ofereça a proposta de habilitação em licitação em andamento e com as fases invertidas, como acontece em alguns estados da federação.

Já a *perturbação* do procedimento licitatório deve ser relevante para caracterização do ilícito e pressupõe a geração de tumulto ou embaraço no trâmite do processo de licitação. Nessa hipótese, o ilícito consuma-se no momento em que o procedimento é desviado de seu roteiro normal por força da ação ou omissão da licitante. Pode ocorrer, por exemplo, quando a Administração Pública convoca a empresa vencedora na licitação e a mesma, injustificadamente, não se manifesta. Registre-se que essa omissão, como já indicado, também configura ilícito administrativo à luz do art. 81, *caput*, da Lei n.º 8.666/93, mas a aplicação das sanções previstas na Lei n.º 12.846/2013 não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes dos atos ilícitos alcançados pela Lei de Licitações, conforme previsão constante do inciso II do art. 30 da LIPJ. Outra hipótese de *perturbação* se dá a partir do inciso II do art. 27 da Lei n.º 8.666/93, o qual exige que o futuro contratado possua qualificação técnica para a realização do objeto pretendido pela Administração Pública, ou seja, capacidade legal para a realização de determinado serviço de acordo com suas atividades típicas. Assim, se o licitante convocado apresenta contrato social sem qualquer nexo com o objeto da licitação, impedindo qualquer possibilidade de avaliação quanto à capacidade de a pessoa jurídica ser contratada e cumprir todo o objeto do contrato administrativo, estará praticando ato que perturba o trâmite regular do procedimento licitatório.

A *fraude*, por derradeiro, pressupõe conduta ardilosa por parte da pessoa jurídica no sentido de gerar qualquer inversão tumultuária na condução do processo de licitação, consumando-se no exato instante em que o ato é praticado de modo viciado ou defeituoso, como ocorre nas situações em que o sigilo da proposta apresentada por um dos licitantes é devassada por outro, ou quando um licitante faz juntar documento falso em recurso administrativo interposto contra sua inabilitação.

A alínea “c” do inciso IV igualmente busca tutelar os procedimentos licitatórios ao tratar como lesiva a conduta de afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo.

Apesar de a conduta descrita ser muito assemelhada ao tipo penal do art. 95 da Lei n.º 8.666/93 (“afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo”), a Lei n.º 12.846/2013 não repetiu a referência acerca da violência ou grave ameaça, exatamente em razão de a ação de (tentar) afastar licitante concorrente com base nessa estratégia já se encontrar enquadrada no inciso anterior. Manteve, entretanto, a essência do tipo penal para punir agora também a pessoa jurídica que se envolve no ilícito com os seguintes objetivos:

Com o afastamento de licitante controla-se indevidamente o resultado do processo, para que dada pessoa jurídica, não necessariamente a autoria do ato lesivo em estudo, vença o certame, vitória essa indubitavelmente fraudada, capaz de eivar de nulidade absoluta o resultado. Com efeito, esse tipo de prática compromete duas das principais finalidades do processo licitatório: a garantia da observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração.⁴⁷²

A tentativa, nesta modalidade, já aparece, inclusive, como elemento objetivo da conduta considerada ilícita pela lei e, se for o caso, deverá ser obrigatoriamente considerada como circunstância atenuante (art. 7º, inciso III, da LIPJ). Não há a necessidade de que a vantagem oferecida tenha caráter patrimonial, podendo ser ela de qualquer outra espécie, e, ainda que não ocorra a aceitação pela empresa interessada em participar do certame, o ilícito já estará consumado pelo simples oferecimento ou promessa. Também não é necessário que a pessoa jurídica ofertante ou promitente esteja concorrendo naquela licitação específica, até porque, pelo art. 2º da Lei n.º 12.846/2013, a responsabilização ocorre pelos atos lesivos *praticados em seu interesse ou benefício*, exclusivo ou não. Assim, pode ocorrer de o pretense afastamento não gerar benefício direto para aquela empresa ofertante ou promitente da vantagem indevida, por não estar ela participando da licitação em questão, mas pode ser que ela tenha algum outro interesse nesse resultado.

Exemplo sugestivo de fraude no caso em questão é oferecido por Diógenes Gasparini⁴⁷³, consistente em convite formulado pelo agente para um almoço, próximo da hora da entrega dos envelopes de certa licitação, e aí simula um mal súbito com pedido para ser levado a um hospital

⁴⁷² SANTOS/BERTONCINI/FILHO, *op. cit.*, p. 183.

⁴⁷³ GASPARINI, *Crimes na licitação*, São Paulo, Editora NDJ, 1996, p. 123.

distante, afastando o concorrente do procedimento licitatório. A hipótese é importante para demonstrar que o ilícito em destaque (alínea “c”) é destinado a punição de condutas ilícitas unilaterais, o que significa que, se houve aceitação da vantagem indevida e a empresa desistiu de participar do processo licitatório, o caso passa a contar com a bilateralidade da *combinação ou ajuste*, não podendo mais ser considerado um ato exclusivo da pessoa jurídica com interesse ou pretensão de se beneficiar daquela situação. Assim, ambas as envolvidas deverão ser responsabilizadas à luz da Lei n.º 12.846/2013, mas na forma da já examinada alínea “a” do inciso IV do art. 5º.

Como não poderia deixar de ser, faz parte do rol de atos lesivos à Administração Pública, nacional, ou estrangeira, fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente (inciso IV, alínea “d”).

É importante observar, em um primeiro momento, que a *fraude ao caráter competitivo do procedimento licitatório* já se encontra prevista na lei, com alguns outros elementos objetivos, na alínea “a” deste mesmo dispositivo. Assim, por exclusão, a *fraude à licitação* da alínea “d” deve ficar reservada tanto para as hipóteses em que a licitante apresenta uma proposta superfaturada para prestar serviços ou realizar uma obra pública, quanto para a oferta de proposta subfaturada para adquirir ativos públicos, com várias repercussões.⁴⁷⁴

Não se pode negar, além disso, que a regra constitucional de se contratar pela via da licitação⁴⁷⁵ também é frustrada quando a Administração Pública formaliza contratos fora das hipóteses excepcionais de dispensa e inexigibilidade listadas nos incisos dos arts. 24 e 25 da Lei n.º 8.666/93, incidindo, assim, o ilícito em questão⁴⁷⁶. A responsabilização da pessoa jurídica por atos dessa natureza, em verdade, vem preencher uma lacuna legal, pois nunca fez muito sentido as pessoas físicas (agente público e empresário) serem punidas pela prática de crime (art. 89 e

⁴⁷⁴ “O *superfaturamento* é fraude grave incidente sobre o processo licitatório, gerador invariavelmente de prejuízo ao erário, de dano econômico à administração pública, nacional ou estrangeira. Se esse prejuízo for acompanhado do enriquecimento ilícito do agente público, em conluio com a pessoa jurídica e com as pessoas físicas representantes desta, terá incidência a Lei n.º 8.429/92 contra o agente público e terceiros (pessoa jurídica e pessoa física), sem prejuízo da responsabilidade objetiva da empresa pelo ato lesivo da alínea ‘d’ do inciso IV do art. 5º da Lei n.º 12.846/2013, e da responsabilidade penal do preposto da pessoa jurídica, com base no art. 96 da Lei n.º 8.666/1993. Uma outra fraude imputável à pessoa jurídica, consiste no *subfaturamento* de bem público alienado, permutado ou locado a particular, por preço inferior ao valor de mercado” (SANTOS/BERTONCINI/FILHO, *op. cit.*, p. 186).

⁴⁷⁵ Art. 37 da Constituição Federal. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]. XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações – grifos nossos.

⁴⁷⁶ No mesmo sentido: SANTOS/BERTONCINI/FILHO, *op. cit.*, pp. 186-187. Em sentido contrário, entendendo que o tipo somente se refere a contratos decorrentes de licitação, não se aplicando às contratações diretas: ZYMLER/DIOS, *Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013): Uma visão do controle externo*, Belo Horizonte, Fórum, 2016, pp. 71-72.

seu parágrafo único da Lei de Licitações)⁴⁷⁷ e por ato de improbidade administrativa (art. 10, inciso VIII, da Lei n.º 8.429/92)⁴⁷⁸, enquanto a pessoa jurídica não sofria qualquer sanção pelo ilícito. A situação, por óbvio, passará a exigir atenção redobrada das empresas – e é isso que realmente se pretende, doravante – ao contratarem diretamente com o Poder Público, pois, diante da previsão legal de responsabilidade objetiva, elas não poderão mais se escudar nas falhas do agente público ou do preposto responsável e serão responsabilizadas diante da simples constatação de que aquela contratação específica deveria ter passado por prévio procedimento licitatório.

O ilícito em questão é ainda importante diante da previsão da conduta de *fraudar o contrato administrativo*. Nessa linha, para que seja alcançado o verdadeiro sentido da *mens legislatoris*, em se tratando de *fraude contratual*, deve ser considerado não apenas o contrato decorrente de licitação propriamente dita, mas também o contrato que é formalizado a partir de sua dispensa ou inexigibilidade. Poderá a empresa, assim, ser responsabilizada duas vezes: a primeira por ter firmado um contrato sem observância da regra geral de licitação e a segunda por fraudar, durante a execução, o respectivo contrato que foi celebrado de algum modo.

As situações que dão ensejo às chamadas fraudes contratuais vêm bem discriminadas, a título meramente exemplificativo, no art. 96 da Lei de Licitações, a saber: a) elevação arbitrária dos preços durante o curso do contrato⁴⁷⁹; b) venda, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada⁴⁸⁰ ou deteriorada; c) entrega de uma mercadoria por outra; e) alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; f) oneração, por qualquer modo e injustamente, da execução do contrato.

⁴⁷⁷ Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

⁴⁷⁸ Art. 10 da Lei n.º 8.429/92. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...]. VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente.

⁴⁷⁹ A doutrina fornece exemplo interessante a esse respeito: um contratado que fornece alimentos ou material hospitalar, sabendo que a Administração não pode paralisar o fornecimento sequer pelo tempo de realizar nova licitação, eleva seus preços acima do mercado. Cf. MARINELA/PAIVA/RAMALHO, *op. cit.*, p. 102.

⁴⁸⁰ A Secretaria de Estado de Controle e Transparência do Estado do Espírito Santo, em outubro de 2016, condenou, com base na Lei n.º 12.846/2013, uma empresa que entregou à Administração Pública cartuchos de tinta de impressora falsificados. Com a finalização do Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), a organização empresarial foi condenada a pagar multa no valor de R\$ 22.192,15 (KOHLER, “Empresa é condenada por fornecer produto falsificado”, Brasil, Governo do Estado do Espírito Santo, Secretaria de Estado de Controle e Transparência – SECONT [online], 07 de outubro de 2016 [disponível em <https://secont.es.gov.br/Not%C3%ADcia/empresa-e-condenada-por-fornecer-produto-falsificado>], acesso em 5 de novembro de 2016)).

A alínea “e” do inciso IV também considera lesiva, para os fins da Lei n.º 12.846/2013, a criação, de modo fraudulento ou irregular, de pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo.

A Lei n.º 12.846/2013 já trata como ilícito, no inciso III de seu art. 5º, a conduta de utilizar-se de *laranja* (pessoas físicas ou jurídicas) para ocultar ou dissimular interesses perante a Administração Pública. Entretanto, procurou ser ainda mais específica ao tratar da ilicitude do ato de criar, irregular ou fraudulentamente, uma outra pessoa jurídica apenas *para fins de participar de licitações públicas ou para fins de celebrar contratos administrativos*. Para que ocorra a consumação do ilícito em questão, assim, dois elementos objetivos precisam ser identificados: a) a criação da pessoa jurídica, de modo irregular ou fraudulento, e a comprovação de seu registro no Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas – CNPJ; b) a participação da pessoa jurídica criada em pelo menos uma licitação ou a celebração, pela pessoa jurídica criadora ou criada, de pelo menos um contrato administrativo.

No que diz respeito *participação em licitações*, o objetivo da criação dessa nova pessoa jurídica é fazer com que ela participe dos procedimentos licitatórios, inclusive ofertando propostas à Administração Pública, a fim de dar uma aparência de existência de competição no certame, quando, na verdade, o objetivo é apenas beneficiar aquela que a criou. A utilidade dessa prática é notória na modalidade “convite”, na qual Administração Pública consulta, no mínimo, três pessoas jurídicas do ramo pertinente ao objeto pretendido, cadastradas ou não, a fim de que as mesmas manifestem o seu interesse em contratar com o Poder Público, cotando seus preços, em caso positivo (art. 22, § 3º, da Lei n.º 8.666/93). Se há o prévio conluio com o agente público responsável, basta o direcionamento do “convite” à empresa criadora e a duas outras empresas por ela criadas para que se perfaça a contratação fraudulenta pretendida. O embuste pode também ser utilizado quando uma empresa estiver impedida de contratar com o Poder Público em razão de uma penalidade a ela imposta e, por isso, cria uma outra para continuar participando de licitações e continuar operando junto à Administração Pública. Identifica-se, ainda, a mesma manobra quando empresas de médio e grande porte criam microempresas ou empresas de pequeno porte (EPP’s) para que estas participem de licitações gozando dos privilégios previstos na Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006, inclusive o de preferência na contratação em caso de empate.⁴⁸¹

⁴⁸¹ Art. 44 da LC n.º 123/2006. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. § 1º. Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada. § 2º. Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Já em relação à *celebração de contratos administrativos*, pode ocorrer, dentro da mesma ideia, de serem criadas empresas de fachada apenas para que as mesmas estejam aptas a fornecer orçamentos fictícios no processo de contratação emergencial da pessoa jurídica criadora, atendendo-se, assim, o requisito da justificativa de preço contido no III do parágrafo único do art. 26 da Lei n.º 8.666/93.

A tentativa, nesses casos, é plenamente admissível (inciso III do art. 7º da Lei n.º 12.846/2013), bastando a visualização de hipótese em que as empresas fictícias são criadas, participam do processo de licitação inclusive cotando preços, mas a fraude é descoberta antes da assinatura do contrato administrativo com a empresa criadora. É importante ressaltar que figurarão como sujeitos ativos do ilícito tanto a empresa beneficiária e responsável pela criação, como aquela(s) que foi(foram) criada(s) para fins escusos, devendo ser aplicada à(s) última(s), dentre outras, a sanção máxima da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas – a *dissolução compulsória* – por força do disposto no art. 19, § 1º, inciso II, da Lei n.º 12.846/2013.⁴⁸²

A obtenção de vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais é considerada conduta lesiva nos termos da LIPJ (inciso IV, alínea “f”).

Pretende a lei coibir, com a previsão deste ilícito, os famigerados *aditivos* ou *aditamentos* sem previsão legal, desconectados do contrato celebrado ou inexistentes no edital (ou carta convite) que deflagrou o procedimento licitatório. Aqui, mais uma vez, a Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas vem preencher uma lacuna existente no ordenamento jurídico sancionatório brasileiro, eis que, pela mesma conduta, já havia previsão de responsabilidade penal para os agentes públicos (art. 92, *caput*, da Lei n.º 8.666/93)⁴⁸³ e para os empresários ou prepostos (art. 92, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93)⁴⁸⁴, ficando as pessoas jurídicas – as verdadeiras beneficiárias da prática ilícita – isentas de qualquer responsabilização pelo ordenamento jurídico até então vigente.

⁴⁸² Art. 19, § 1º, inciso II, da Lei n.º 12.846/2013. A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado: [...] II – ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

⁴⁸³ Art. 92, *caput*, da Lei de Licitações. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: Pena – detenção, de dois a quatro anos, e multa.

⁴⁸⁴ Art. 92, parágrafo único, da Lei de Licitações. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

A verdade é que, criminalmente falando, o Ministério Público sempre enfrentou grandes dificuldades para comprovar o dolo direto para efeito de condenação pela prática desse crime, principalmente diante da existência de pareceres jurídicos – muitas vezes encomendados – escudando a ação do gestor público.⁴⁸⁵ Isso porque, como já explicitado, o tipo penal exige provas efetivas de que o ato administrativo que gerou o descumprimento da lei, do contrato ou do edital tenha sido praticado com a intenção de atribuir vantagem indevida ao contratado e, por isso, diante de contraprova que o agente público agiu de acordo com orientação de seu setor jurídico, o caso é de absolvição. Esse panorama, doravante, tende a ser alterado diante da responsabilidade objetiva prevista na Lei n.º 12.846/2013, o que em muito contribuirá para inibir a impunidade em relação a ilícitos dessa espécie.

As modificações admitidas, engendradas ou causadas pelo agente público devem ocorrer durante a execução do contrato, sendo consideradas ilegais aquelas que não se enquadrarem dentre as hipóteses discriminadas no art. 65⁴⁸⁶ ou no § 1º do art. 57⁴⁸⁷, ambos da Lei n.º 8.666/93. A mera ilegalidade, entretanto, não é suficiente para caracterização do ilícito, sendo necessária também a utilização de meios fraudulentos para ludibriar a Administração Pública.

Ao contrário do que acontece com o crime do art. 92 da Lei de Licitações, a Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas deixa claro que o ilícito em questão somente se consuma com a obtenção

⁴⁸⁵ “[...] 2. Consoante balizada jurisprudência dos Tribunais Superiores, a comprovação do dolo direto, como elemento subjetivo do tipo penal, é indispensável para a configuração dos delitos previstos nos artigos 86 e 92, ambos da Lei n.º 8.666/1993 e do artigo 1º, inciso I, do Decreto-lei 201/1967, exigindo-se impreterivelmente ainda, para o primeiro e último caso, a demonstração da circunstância volitiva específica, qual seja, a manifesta vontade de acarretar prejuízos aos cofres públicos. 3. Na hipótese vertente, da moldura fática retratada nos autos, não se extrai figura elementar imperativa à configuração dos delitos imputados ao paciente, uma vez que não se visualiza o dolo direto e específico, isto é, a intenção criminosa do agente, já que contratou, com base em parecer de sua assessoria jurídica, escritório de advocacia especializada, que apresentou tese jurídica favorável ao ente municipal, e até então não contestada, inexistindo, atualmente, notícia concreta de dano ao erário público, muito menos de que tenha o alcaide assim agido com o *animus* de perseguir tal fim. 4. Ordem concedida para determinar o trancamento da Ação Penal n. 2015.0000501656 no tocante ao paciente” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC n.º 329.227/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 13/10/2016).

⁴⁸⁶ Art. 65 da Lei de Licitações. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I – unilateralmente pela Administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei; II – por acordo das partes: a) quando conveniente a substituição da garantia de execução; b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários; c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço; d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

⁴⁸⁷ Art. 57, § 1º, da Lei de Licitações. Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo: I – alteração do projeto ou especificações, pela Administração; II – superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato; III – interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração; IV – aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei; V – impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência; VI – omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

da vantagem ou do benefício indevido pela pessoa jurídica, ou seja, com o pagamento pela Administração Pública do valor pertinente à modificação contratual, não bastando, para tanto, a simples alteração formal via aditivo, que pode caracterizar apenas a tentativa (art. 7º, inciso III, da Lei n.º 12.846/2013).

De acordo com a previsão contida na alínea “g” do inciso IV, o legislador ainda tencionou proteger contratos celebrados com a administração pública ao prever como ilícito o ato de manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos mesmos.

A pretensão do ilícito em tela, como está expresso, é tutelar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, ou seja, a relação de fato existente entre o conjunto de todos os encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente, garantida pela Constituição Federal no art. 37, inciso XXI (“mantidas as condições efetivas da proposta”). Hely Lopes Meirelles, na mesma linha, ensina:

O equilíbrio financeiro, ou equilíbrio econômico, ou equação econômica, ou, ainda equação financeira do contrato administrativo é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento.⁴⁸⁸

Numa primeira análise, poder-se-ia chegar à conclusão de que o dispositivo em questão é completamente desnecessário, eis que a conduta descrita nada mais é do que uma modalidade específica de fraude contratual, já capitulada pela alínea “d” deste mesmo artigo (“fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente”). Entretanto, quando a manipulação ou fraude ocorre mediante *aditivo contratual*, a alínea “g” do inciso IV do art. 5º da Lei n.º 12.846/2013 ganha importância, eis que aqui não se exige a materialização da conduta, ou seja, que a pessoa jurídica obtenha a vantagem ou o benefício indevido, bastando aqui a mera formalização do aditamento ao contrato.

Além disso, também não há a exigência do requisito de que a modificação contratual tenha sido realizada sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais, o que força conclusão no sentido de que o objetivo precípua do ilícito é coibir as práticas que gravitam em torno do chamado *jogo de planilhas*, expediente muito utilizado por algumas empresas para vencer a licitação e, posteriormente, durante a execução

⁴⁸⁸ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 243.

do contrato, obter um lucro exacerbado, atingindo diretamente o equilíbrio econômico-financeiro da contratação com imenso prejuízo para a Administração Pública.⁴⁸⁹

Aliás, no plano normativo, o jogo de planilhas não configura prática ilegal, vez que a Lei de Licitações autoriza modificação contratual em decorrência de *acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto* (art. 65, inciso I, alínea “b”) e, normalmente, essa previsão consta dos editais e dos contratos administrativos que são celebrados. Daí a necessidade de se criar uma hipótese específica de ilicitude, sem algumas das exigências constantes da alínea anterior, a fim de que essa prática tão comum e tão lesiva aos cofres públicos possa ser devidamente coibida.

A abrangência do ilícito, contudo, não se limita apenas às práticas decorrentes do jogo de planilhas, podendo envolver qualquer manipulação de dados ou fatos que faça com que a Administração Pública assuma obrigações que, total ou parcialmente, não sejam suas ou que gere para o Poder Público despesa por serviço que jamais foi realizado ou produto que jamais foi entregue. É o caso, por exemplo, da falsificação do número de usuários de uma linha de ônibus em planilha apresentada ao Poder Público que, por força contratual, tem a responsabilidade de subsidiar parte do valor das tarifas de transporte coletivo urbano.

O inciso V do art. 5º da Lei n.º 12.846/2013, por derradeiro, prevê como lesiva à Administração Pública, nacional, ou estrangeira, a conduta de dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

A lei considera ilícita qualquer conduta que importe em comprometimento da investigação ou fiscalização do Ministério Público ou de qualquer dos órgãos de controle, até porque, de acordo com o art. 4º da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, são deveres do administrado perante a Administração expor os fatos conforme a verdade; proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé; não agir de modo temerário; e prestar as informações que lhe forem solicitadas; e colaborar para o esclarecimento dos fatos (incisos I a IV). Assim, por exemplo, em diante de procedimento instaurado para apurar a devida ocorrência de atos lesivos à Administração

⁴⁸⁹ No mesmo sentido: “Em igual medida, deve ser condenado o ‘jogo de planilha’ ou ‘jogo de preços’. Tal prática ilegal consiste em um artifício utilizado pelos interessados, tomando por base projetos básicos deficitários (v.g. que não preveem, com perfeição, os custos do objeto licitado), ou lastreados em informações privilegiadas. As pessoas jurídicas ímprobas conseguem saber antecipadamente quais os objetos que terão sua quantidade acrescida, diminuída ou suprimida ao longo da execução da obra a ser licitada. A partir daí, eles manipulam os custos unitários de suas propostas, aumentando-os para itens que serão adicionados, e diminuindo para itens que serão subtraídos. Com isso, conseguem uma melhor proposta e vencem a licitação. No entanto, durante a execução do contrato, percebe-se que o custo barateia substancialmente justamente nos insumos que o licitante ofertou valores elevados” (HEINEN, *op. cit.*, pp. 140-141).

Pública, nacional ou estrangeira, a ausência injustificada dos sócios ou representantes de uma pessoa jurídica ao ato de oitiva, quando estes são notificados na condição de *testemunhas* (e não de *investigados*), poderá implicar na caracterização do ato lesivo em tela, sendo conveniente, inclusive, constar essa advertência no documento de notificação das testemunhas.

O mesmo vale para as solicitações e requisições de documentos dirigidas a determinada pessoa jurídica, salvo quando direcionadas à própria investigada, pois nesse caso prevalece a previsão constitucional de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo (art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal). Isso significa que uma pessoa jurídica pode, perfeitamente, não atender a uma requisição de documentos internos que possam comprometê-la sem qualquer eiva de ilicitude. Vale lembrar que tal direito, além de poder ser exercido, inclusive, no decorrer de uma investigação ou em qualquer outra esfera não penal, é também inerente a *qualquer pessoa* que esteja sendo acusada, inclusive pessoas jurídicas.⁴⁹⁰

Por outro lado, se a empresa investigada faz opção por não colaborar com a investigação, além de abdicar da circunstância atenuante prevista no inciso III do art. 7º da Lei n.º 12.846/2013⁴⁹¹, que poderia ser aplicada a seu favor em caso de eventual condenação, ainda perderá o direito de celebrar acordo de leniência, em vista da disposição expressa do art. 16, incisos I e II, e seu § 1º, inciso III, da LIPJ⁴⁹².

É claro que toda essa perspectiva é estabelecida a partir dos preceitos do princípio da lealdade e da boa-fé, pois, se a empresa investigada parte para uma estratégia que envolva a apresentação de documentos falsos ou impertinentes, a destruição de provas, a realização perícias forjadas, o aliciamento de testemunhas ou quaisquer atos que importem em abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório ou tumultuário da apuração oficial em andamento, deverá, certamente, ser responsabilizada pelo ato lesivo em análise.

⁴⁹⁰ “Pondere-se, também, que a pessoa jurídica tem o direito de não se autoincriminar, como qualquer outra pessoa física no Brasil. Tem o direito de não produzir prova contra si mesma, além do direito ao silêncio, imposto naturalmente a todos os seus empregados e dirigentes. Não se pode conceber, destarte, que a ocultação de documentos da empresa ou o silêncio dos funcionários chamados a depor pela polícia possa ser considerado o preenchimento do tipo do inciso V. Seria um autêntico absurdo, pois se estaria negando à pessoa jurídica os mesmos direitos e garantias concedidos à pessoa física” (NUCCI, *op. cit.*, p. 135).

⁴⁹¹ Art. 7º da Lei n.º 12.846/2013. Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] VII – a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações.

⁴⁹² Art. 16 da Lei n.º 12.846/2013. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I – a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II – a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. § 1º O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: [...] III – a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

2.6 Sanções administrativas e judiciais

2.6.1 Sanções administrativas

O art. 6º da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas prevê, na esfera administrativa, a aplicação das seguintes sanções pela prática de atos dos atos lesivos nela descritos:

Art. 6º. Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: I – multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e II – publicação extraordinária da decisão condenatória.

Em relação à multa administrativa prevista no inciso I, percebe-se nitidamente que a previsão legal teve inspiração na Lei n.º 12.529/2011, a qual prevê, em seu art. 37, inciso I, “multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação”.

Como a base de cálculo da multa administrativa é o faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo de responsabilização (ou do processo judicial, no caso do art. 20 da Lei n.º 12.846/2013), a Instrução Normativa do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União n.º 1, de 7 de abril de 2015, estabelece a metodologia para a apuração precisa desse valor.⁴⁹³

Para a realização das necessárias operações aritméticas pertinentes ao cálculo da multa, a autoridade máxima do órgão incumbido de aplicação a sanção administrativa logicamente precisará ter acesso a dados fiscais da pessoa jurídica. Por isso, apesar de o Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966) prever, como regra, a vedação de divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informações sobre a situação econômica

⁴⁹³ Art. 1º Para o cálculo da multa a que se refere o inciso I do art. 6º da Lei n.º 12.846, de 2013, o faturamento bruto compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

Art. 2º Para os contribuintes optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, o faturamento bruto compreende a receita bruta de que trata o § 1º do art. 3º da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006.

Art. 3º Excluem-se do faturamento bruto os tributos de que trata o inciso III do § 1º do art. 12 do Decreto-Lei n.º 1.598, de 1977.

Art. 4º Os valores de que tratam os arts. 1º a 3º poderão ser apurados, entre outras formas, por meio de: I – compartilhamento de informações tributárias, na forma do inciso II do § 1º do art. 198 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966; e II – registros contábeis produzidos ou publicados pela pessoa jurídica acusada, no país ou no estrangeiro.

ou financeira do sujeito passivo (art. 198, *caput*), o mesmo artigo, no inciso II de seu § 1º, estabelece, como exceção, as solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

Se por acaso a hipótese não comportar nenhuma dessas possibilidades, a multa então variará entre R\$6.000,00 (seis mil reais) e R\$60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), segundo previsão do § 4º do art. 6º da Lei n.º 12.846/2013. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando a pessoa jurídica não apresenta registros contábeis e dados fiscais confiáveis ou quando, ao longo da instrução processual, a comissão processante não logra êxito na obtenção dos dados necessários para se aferir o faturamento da pessoa jurídica⁴⁹⁴. Esses mesmos limites de R\$6.000,00 e R\$60.000.000,00 também deverão ser observados nas hipóteses do art. 22 do Decreto n.º 8.420/2015, a saber: a) quando a pessoa jurídica não teve faturamento no ano anterior ao da instauração ao PAR; e b) quando se está diante de pessoa jurídica sem fins lucrativos. Não produzem qualquer efeito, diga-se de passagem, as novas bases de cálculo criadas nos incisos do art. 22 do Decreto n.º 8.420/2015, pois decreto expedido com finalidade de regulamentar a lei não pode inovar na ordem jurídica nem dispor de modo contrário ao que determina a norma que lhe é hierarquicamente superior.

O limite mínimo do § 4º do art. 6º da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas, aliás, deve ser considerado o valor mínimo para fins de aplicação da multa administrativa em qualquer hipótese, inclusive quando a operação de cálculo parte do faturamento bruto do exercício anterior ao da instauração do processo e chega a um valor inferior a R\$6.000,00. Não fosse assim, se chegaria ao absurdo de uma pessoa jurídica sem fins lucrativos ou cujo faturamento bruto foi igual a zero pagar uma multa superior à daquela que teve um faturamento bruto bastante baixo em determinado exercício. Aliás, de acordo com a Portaria do Ministério da Fazenda n.º 75, de 22 de março de 2012, não devem ser inscritas na Dívida Ativa da União débitos de um mesmo devedor com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais) e, além disso, não devem ser ajuizadas execuções fiscais de débitos com

⁴⁹⁴ “Nestes casos deverá haver fundamentação expressa das razões pelas quais não foi possível se aferir o faturamento, não sendo lícita a utilização da regra subsidiária quando a comissão nem mesmo diligenciar a obtenção dos dados durante a instrução. Ou seja, a Administração não tem liberdade para escolher se calculará a multa com base no faturamento ou com base nos valores fixos do art. 6º, § 4º. A regra é o faturamento, que apenas não será usado em caso de impossibilidade devidamente justificada” (SOUZA, “Responsabilização administrativa na Lei Anticorrupção”, in *Lei Anticorrupção e temas de compliance*, 2ª ed., org. J. M. SOUZA, et al., Salvador, JusPodivm, 2017, p. 203).

a Fazenda Nacional cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

O valor da multa deverá, preferencialmente, ser destinado aos órgãos ou entidades lesadas, conforme previsão constante do art. 24 da Lei n.º 12.846/2013. No Estado do Espírito Santo, vige a Lei Estadual n.º 10.498, de 26 de fevereiro de 2016, que instituiu o Fundo Estadual de Combate à Corrupção, destinado a financiar ações e programas dos órgãos de controle interno estaduais e realizar campanhas educacionais e de conscientização acerca dos efeitos deletérios da corrupção, o qual recebe, dentre outros, os valores das multas administrativas aplicadas com base na Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas (art. 2º, inciso IV).

É importante destacar que eventual alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária envolvendo a pessoa jurídica não terá o condão de elidir sua responsabilidade pelas sanções aplicadas, aí incluídas aquelas de caráter patrimonial.

Caso não ocorra o pagamento da multa administrativa e, durante a tramitação da respectiva execução fiscal, não forem encontrados bens passíveis de penhora após esgotamento de todas as possibilidades, poderá ser determinada, inclusive no plano administrativo, a *desconsideração da personalidade jurídica*⁴⁹⁵, observados, obviamente, o contraditório e a ampla defesa, a fim de sejam estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas aos seus administradores e sócios com poderes de administração.

Nesse caso, aplicando-se as regras do Microsistema Brasileiro de Prevenção e Combate à Corrupção⁴⁹⁶, a multa administrativa poderá, inclusive, ser transmitida aos sucessores dos sócios e administradores, respeitados, obviamente, os limites da herança, desde que fique demonstrado que houve enriquecimento ilícito ou dano ao patrimônio público, conforme previsão constante do art. 8º da Lei n.º 8.429/92.⁴⁹⁷

O inciso II do art. 6º da Lei n.º 12.846/2013 faz previsão da sanção de *publicação extraordinária da decisão condenatória*, a qual, de acordo com o § 5º do mesmo artigo, “ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de

⁴⁹⁵ Art. 14 da Lei n.º 12.846/2013. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

⁴⁹⁶ Vide, a esse respeito, Capítulo II, Item 4.4.

⁴⁹⁷ Art. 8º da Lei n.º 8.429/92. O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança.

comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores”.

A importância desta sanção administrativa está diretamente atrelada à *Teoria da Margem de Manobra*, desenvolvida por Dan Ariely⁴⁹⁸, pois a divulgação ampla de uma sanção imposta a partir de um arcabouço normativo que é vulgarmente conhecido como “Lei Anticorrupção Empresarial” retira qualquer possibilidade de aquela pessoa jurídica continuar cultivando, perante seus próprios funcionários e terceiros, uma imagem que a aproxime da ética e da integridade na realização de seus negócios⁴⁹⁹, o que pode lhe trazer prejuízos financeiros ainda maiores do que aqueles decorrentes do pagamento da multa civil. Elevam-se, assim, os custos pela prática de um ato lesivo e, ao mesmo tempo, diminuem-se os benefícios, o que gera um efeito dissuasivo, principalmente para as empresas que possuem ações em bolsas de valores, as quais podem sofrer instantânea depreciação.

2.6.2 Sanções judiciais

As sanções judiciais estão elencadas nos incisos do art. 19 da Lei n.º 8.429/2013 e só podem ser aplicadas, cumulativa ou isoladamente, se julgado procedente o pedido formulado em uma ação coletiva de responsabilização das pessoas jurídicas proposta pelo Ministério Público ou, dependendo do ato lesivo, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.⁵⁰⁰ Aqui vale lembrar que, por força da previsão contida no art. 94 da Lei n.º 13.303/2016, apenas a sanção estampada no inciso I pode ser aplicada à empresa pública, à sociedade de economia mista e às suas subsidiárias, vedada em relação a estas a incidência das demais sanções judiciais da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas.⁵⁰¹

⁴⁹⁸ Vide, a esse respeito, Capítulo I, Item 2.1.

⁴⁹⁹ “O caráter afilitivo da pena afeta o *campo reputacional* da empresa, diminuindo a credibilidade ética da pessoa jurídica perante um auditório específico (área da prática da infração e de atuação da infratora). Como se sabe, em meio a um mercado tão competitivo, os agentes econômicos buscam sempre um diferencial que faça agregar valor ao seu nome e marca, como o respeito à sustentabilidade e aos padrões de boa governança. A publicação extraordinária da decisão se mostra como uma censura pelo desvio ético e a repercussão econômica dessa medida pode ser inevitável no mercado, afetando a sua credibilidade e as relações atuais e futuras com outros parceiros econômicos e até com o Poder Público” (QUEIROZ, “Responsabilização judicial da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção”, in *Lei Anticorrupção e temas de compliance*, 2ª ed., org. J. M. SOUZA, et al., Salvador, JusPodivm, 2017, p. 610).

⁵⁰⁰ Vide, a esse respeito, com maior detalhamento acerca da legitimação, Item 4.3.3 deste mesmo Capítulo.

⁵⁰¹ Art. 94 da Lei n.º 13.303/2016. Aplicam-se as sanções previstas na Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, salvo as previstas nos incisos II, III e IV do *caput* do art. 19 da referida Lei.

A primeira das sanções é exatamente o *perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração* (inciso I). Aqui é importante destacar, preliminarmente, que esse é muito mais um efeito da condenação do que uma sanção propriamente dita, eis que, diante da constatação do enriquecimento ilícito, não pode o Poder Judiciário permitir que particulares continuem gozando do proveito do ato lesivo. Por isso, é fundamental que os ativos sejam individualizados, discriminados e que fique devidamente demonstrado que foram eles diretamente adquiridos com os recursos obtidos em razão da prática ilícita.

A determinação do perdimento pela pessoa jurídica desses bens, direitos e valores pode se dar sem a necessidade de constatação de um dano efetivo ao erário, como acontece, por exemplo, nas hipóteses descritas no inciso II do art. 5º da Lei n.º 12.846/2013, nas quais a pessoa jurídica que presta a outra, ilicitamente, algum tipo de auxílio material para a prática de atos lesivos à Administração Pública, nacional ou estrangeira, podendo ser, inclusive, remunerada por sua colaboração. Por outro lado, se a pessoa jurídica adquiriu esses bens, direitos ou valores às custas de prejuízo ao erário, a perda desses ativos deverá, via de consequência, implicar o abatimento no valor total do dano causado, pois, não fosse assim, haveria enriquecimento sem causa da Administração Pública.

A Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas fez questão de ressaltar que, na aplicação desta cominação legal, devem ser preservados os direitos do lesado ou de terceiro de boa-fé, apesar de essa disposição ser até desnecessária em razão da previsão genérica já contida no Código Civil.⁵⁰² Assim, aquele que, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens adquiridos de boa-fé, poderá requerer seu desfazimento ou sua inibição por meio de embargos de terceiro, conforme previsão dos arts. 674 e seguintes do Código de Processo Civil.

A *suspensão ou interdição parcial das atividades da pessoa jurídica* é a segunda sanção judicial prevista em lei (inciso II) e, se aplicada, impedirá que a pessoa jurídica exerça certas atividades em determinado setor ou por determinado lapso temporal:

O que devemos ter em conta é a possibilidade de o magistrado poder interditar parte das atividades da empresa, ou mesmo impedir que ela atue em determinados locais ou em certos segmentos do mercado. Ou ainda, que fique suspensa de atuar completamente em qualquer atividade por um período, desde que esta medida, claro, não se subverta em uma

⁵⁰² Art. 113 do Código Civil. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

dissolução compulsória. [...] A mencionada pena pode ser moldada, a fim de autorizar um sancionamento proporcional, suficiente e pertinente, na medida em que o juiz poderá interditar a atuação da empresa, por exemplo, em determinado segmento do mercado. [...]. Em similar medida, poderia o magistrado determinar a interdição das atividades de determinada empresa que sistematicamente pratica atos de corrupção em certa região do país ou em determinado Estado da Federação.⁵⁰³

Mais uma vez, o legislador buscou inspiração na Lei Antitruste, na qual há a previsão de “proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos” (art. 38, inciso VI). A diferença é que na Lei n.º 12.529/2011 há prazo fixado em lei para a medida, enquanto na Lei n.º 12.846/2013 o lapso temporal da paralisação das atividades da pessoa jurídica apenas ficou em aberto, cabendo ao magistrado, no caso concreto, a devida fixação.

Entretanto, não é adequada a fixação judicial de um prazo muito alargado, pois isso equivaleria a uma verdadeira dissolução compulsória da pessoa jurídica, sanção, essa, já prevista no inciso III deste mesmo artigo e sujeita a uma série de condicionantes. Por isso, aplicando-se, mais uma vez, as regras do Microsistema Brasileiro de Prevenção e Combate à Corrupção, é recomendável que a suspensão não supere o marco temporal máximo da Lei Antitruste, ou seja, 5 (cinco) anos.

Outra sanção judicial é a *dissolução compulsória da pessoa jurídica* (inciso III). Diferentemente das demais, até em razão de sua evidente gravidade, essa é uma penalidade que parte do reconhecimento de que a pessoa jurídica definitivamente não cumpre a sua função social. Por isso, para ser aplicada, precisa preencher um dos requisitos alternativos previstos no § 1º do art. 19 da Lei n.º 12.846/2013, a saber: a) ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; b) ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

No primeiro caso, a pessoa jurídica realmente existe, pratica atos jurídicos e celebra contratos administrativos com o intuito de atingir seus objetivos constitutivos, mas reiteradamente se envolve com a prática de atos lesivos, ainda que não criada, originariamente, para essa finalidade. A hipótese em questão, portanto, é de *reincidência contumaz*, ficando claro pelas provas produzidas que os sócios ou gestores daquela entidade ou corporação não pretendem trilhar o caminho da integridade, sendo a ilicitude um meio de realização dos negócios ou de celebração de contratos.

⁵⁰³ HEINEN, *op. cit.*, p. 257.

É o caso, por exemplo, das pessoas jurídicas cujos respectivos atos constitutivos são deliberadamente moldados para atender às chamadas *licitações guarda-chuva*, ou seja, aquelas em que o contratante, propositalmente, não descreve adequadamente o seu objeto e, assim, realiza um procedimento licitatório genérico, violando uma série de dispositivos legais.⁵⁰⁴ Essa descrição superficial realizada pela autoridade licitante conduz à absoluta insegurança entre os interessados acerca daquilo que se pretende contratar, dificultando, inclusive, a cotação de preços. Por outro lado, favorece aquele que possui informações privilegiadas e tem contrato social ou estatuto previamente formatado para atender a qualquer tipo de demanda, permitindo a celebração de contrato administrativo com objeto amplo. Assim, se a mesma pessoa jurídica se envolver repetidamente em casos dessa natureza, poderá o magistrado, identificando a prática reiterada, decidir por sua dissolução compulsória.

No segundo caso, a pessoa jurídica, na prática, não existe, tendo sido constituída tão somente para a prática de atos lesivos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira. Não possui, por isso, sede física e seus sócios normalmente funcionam como *laranjas*.⁵⁰⁵ É o caso, por exemplo, de empresas fictícias que são criadas apenas para participar de processos de licitação, inclusive cotando preços, ou de pessoas jurídicas instituídas apenas para tornar lícitos os valores arrecadados por outra através da prática de atos lesivos.

Por fim, em relação a essa sanção judicial específica, é importante destacar que, como o legislador utilizou, no § 1º do art. 19, o futuro do presente simples –“será determinada” –, referindo-se, por isso, a situações futuras, logo, sempre que o magistrado reconhecer em sua decisão a ocorrência de qualquer das situações ali elencadas, deverá ele aplicar a sanção capital, já que esta possui, inclusive, caráter preventivo em relação à ocorrência de novos atos lesivos.

A última sanção judicial constante do rol do art. 19 é a *proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos* (inciso IV). Trata-se de penalidade assemelhada àquela

⁵⁰⁴ Art. 54 da Lei n.º 8.666/93. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

Art. 55 da Lei n.º 8.666/93. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: I – o objeto e seus elementos característicos; [...].

⁵⁰⁵ “No mais das vezes, os sócios formais sequer sabem das atividades ilícitas da pessoa jurídica, tendo apenas emprestados seus nomes para a sua criação, sendo que a direção da empresa é transferida por meio de procuração, outorgando poderes amplos para que os verdadeiros sócios de fato operem suas ilicitudes na clandestinidade, ocultando suas atividades e identidades” (QUEIROZ, “Responsabilização judicial da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção”, *op. cit.*, p. 617).

prevista, dentre outras, nos incisos do art. 12 da Lei de Defesa da Probidade Administrativa, com a diferença de que, nesta última, a gradação temporal varia de acordo com a espécie de ato de improbidade administrativa, sendo de 10 (dez) anos para as hipóteses de enriquecimento ilícito (inciso I), de 5 (cinco) anos para os casos de prejuízo ao erário (inciso II) e de apenas 3 (três) quando houver violação dos princípios regentes da Administração Pública (inciso III). Já a Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas optou por um prazo único para todos os casos, o qual irá variar entre 1 (um) e 5 (cinco) anos tendo em vista a presença das atenuantes e agravantes do art. 7º da Lei n.º 12.846/2013.

Quanto à extensão da sanção, o Superior Tribunal de Justiça possui acórdão no qual, analisando a amplitude da penalidade análoga da Lei n.º 8.429/92 aplicada a uma empresa de transporte do Estado de Rondônia, concluiu que “[...] a pena, no caso, deve ficar restrita aos limites do Estado de Rondônia, lesado com o ato de improbidade. Impedir que os demandados, especialmente a empresa de ônibus, possam contratar com outros órgãos da Administração Pública (da União, de outros Estados ou de Municípios), representaria pena desproporcional, incompatível com o princípio da com o qual deve ser ajustada”.⁵⁰⁶

Não pode ser essa, entretanto, a conotação da expressão “poder público” utilizada no corpo do dispositivo, sob pena de desidratar-se por completo a sanção aplicada. Isso porque o que se pretende é criar na órbita da pessoa jurídica uma dificuldade financeira a título de punição pela conduta praticada e, por isso, a expressão deve ser interpretada de forma ampla, abrangendo a Administração Pública direta e indireta, nos níveis federal, estadual e municipal.⁵⁰⁷ A se permitir que a condenada possa recorrer a outros entes da Administração Pública, que não o sujeito passivo do ato lesivo praticado, certamente a sanção restará completamente esvaziada e sem qualquer sentido de ordem prática.

Esse entendimento resta corroborado pela necessidade de inserção do nome e CNPJ da pessoa jurídica condenada no Cadastro Nacional de Empresas Condenadas – CNEP, criado pelo art. 22 da Lei n.º 12.846/2013, o qual possui o objetivo de reunir e dar publicidade às sanções

⁵⁰⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp. n.º 1.003.179/RO, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 18/08/2008. No mesmo sentido: “De se observar que essa sanção trata de procedimento a ser adotado pela própria administração pública. Em sendo assim, em respeito ao pacto federativo, entende-se que a aplicação da pena gera efeitos apenas dentro do ente que a aplicar. Desta feita, por exemplo, não haveria óbices para que uma instituição financeira controlada por estado da Federação concedesse financiamento para uma empresa que sofreu essa sanção por uma entidade federal” (ZYMLER/DIOS, *Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013): uma visão do controle externo*, op. cit., p. 96).

⁵⁰⁷ No mesmo sentido: “Equivale dizer: ainda que a conduta tenha sido praticada em desfavor de determinado Município, fica a pessoa jurídica proibida, pelo período estabelecido na sentença, de receber qualquer auxílio ou incentivo, do específico Município, de qualquer outro Município, de qualquer dos Estados-membros e da União, ou seja, ainda que por intermédio das administrações indiretas” (ROCHA, *Lei Anticorrupção: comentários à Lei n.º 12.846/2013*, org. M. BERTONCINI, São Paulo, Almedina, 2014, p. 234).

aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base nesta Lei, exatamente para que possam ser elas devidamente cumpridas em todo o território nacional.

2.7 Reparação integral do dano

A recomposição do prejuízo não deve ser considerada como uma sanção, sendo uma simples decorrência da responsabilidade civil. Entretanto, quando o erário é atingido, a questão é tratada como matéria de ordem pública e, por isso, regida pelo princípio da indisponibilidade, podendo a reparação integral, inclusive, ser determinada pelo magistrado em sua decisão condenatória ainda que não haja pedido expresso formulado nesse sentido.⁵⁰⁸

Entretanto, inúmeras situações podem surgir em que o um mesmo dano foi causado por mais de uma pessoa, muitas vezes físicas e jurídicas. Nesses casos, exatamente por não se tratar da hipótese de “sanção”, a obrigação deverá ser resolvida *solidariamente*, ainda que alguns dos causadores estejam submetidos ao regime da Lei de Defesa da Probidade Administrativa e outros, ao regime da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas.

Desse modo, se qualquer dos responsáveis se ocupar em efetuar a devida recomposição, estarão os demais liberados da cobrança da mesma obrigação por parte do Poder Público, ressalvado o direito de regresso por parte daquele que pagou integralmente.⁵⁰⁹

2.8 Prescrição

A Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas optou por estabelecer, em seu art. 25, dois marcos diferentes para o início da fluência do prazo prescricional: um para os atos lesivos *instantâneos*, com cômputo a partir da “ciência da infração”, e outro para os atos lesivos *permanentes ou continuados*, com contagem a partir da “cessação da atividade ilícita”. Dentro de uma linha conceitual,

A infração permanente é aquela cuja consumação se protraí no tempo por vontade do sujeito, enquanto que a infração continuada ocorre quando o agente pratica várias condutas, implicando na concretização de vários resultados, terminando por cometer

⁵⁰⁸ Vide, neste Capítulo, a esse respeito, com maior detalhamento, Item 4.3.7.

⁵⁰⁹ Art. 283 do Código Civil. O devedor que satisfaz a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos co-devedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores.

infrações das mesmas espécies, em circunstâncias parecidas de tempo, lugar e modo de execução, aparentando que umas são meras continuações de outras.⁵¹⁰

No que tange ao prazo prescricional dos atos lesivos instantâneos – 5 (cinco) anos contados da data da ciência da infração –, não há nenhuma novidade, eis que a Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, já previa, no § 1º de seu art. 142, que “o prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido”, marco temporal, este, inclusive, aplicável às ações por ato de improbidade administrativa⁵¹¹, até porque a data da infração nem sempre é identificada ou identificável. Registre-se que o conhecimento aí mencionado é aquele atribuído à autoridade pública incumbida da atividade persecutória, exatamente a prescrição guarda pertinência com a ausência de tomada de providências por parte daquele que possui competência para tanto, o que, por óbvio, só pode ser exigido de quem foi formalmente cientificado do fato.

A outra baliza diz respeito aos atos lesivos permanentes ou continuados – 5 (cinco) anos contados do dia em que tiver cessado a infração – desde que, por óbvio, a autoridade pública incumbida da atividade persecutória tenha tomado conhecimento do respectivo ato lesivo (permanente ou continuado) durante a sua prática. Se esse conhecimento ocorrer depois de decorrido algum tempo desde a cessação da atividade permanente ou continuada, pelos mesmos motivos já expostos, valerá a regra anterior, ou seja, 5 (cinco) anos contados da data da ciência da infração.⁵¹²

Pode ser considerado, assim, um ato lesivo *permanente* a manutenção de pessoa jurídica fictícia para fraudar licitações, e um ato lesivo *continuado* praticado por pessoa jurídica a celebração de contrato administrativo superfaturado, com subsequente formalização de vários aditivos ilegais e também superfaturados.

Além da interrupção da prescrição proporcionada pela celebração do acordo de leniência (art. 16, § 9º, da LIPJ), o parágrafo único do art. 25 da Lei n.º 12.846/2013 também prevê que, “[n]a

⁵¹⁰ QUEIROZ, “Responsabilização judicial da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção”, *op. cit.*, p. 623.

⁵¹¹ Art. 23 da Lei n.º 8.429/92. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: [...] II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

⁵¹² No mesmo sentido: “O correto era o legislador ter concebido a regra da seguinte maneira: no caso da infração permanente ou continuada, não corre o prazo enquanto não tiver cessada, e só inicia quando conhecido o fato ilícito. Assim estruturada, a prescrição teria seu início obstado durante o prazo em que se está a praticar ilegalidades permanentes ou continuadas, cujo início ainda assim somente se daria quando do seu conhecimento. Essa seria uma estruturação, ao nosso sentir, mais razoável” (HEINEN, *op. cit.*, p. 292). Em sentido contrário, entendendo, inclusive, que a contagem do prazo de prescrição das infrações de caráter permanente e continuado é “menos gravosa” para os autores do ilícito: ZYMLER/DIOS, *Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013): uma visão do controle externo*, *op. cit.*, p. 99.

esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração”. É interessante notar que, a esse respeito, a Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas não fez qualquer distinção entre a seara administrativa e a judicial, podendo daí ser extraída a seguinte conclusão:

Essa interrupção parece ser reconhecida em qualquer caso dando a entender que, uma vez interrompido, valerá para a pretensão administrativa ou para a pretensão ante a instância judicial. Isto é, se instaurada a apuração administrativa, a interrupção da prescrição valerá igualmente para a ação judicial, e vice-versa.⁵¹³

No âmbito administrativo, a disposição conduz à interpretação de que a prescrição será interrompida com a formalização do ato de instauração do processo administrativo de responsabilização (art. 5º, *caput*, do Decreto n.º 8.420/2015), e não com a mera abertura de investigação preliminar (art. 4º, inciso I, do Decreto n.º 8.420/2015). Já no plano de responsabilização judicial, deve-se interpretar a expressão “instauração de processo” como “propositura da ação”, a fim de que possam prevalecer e ser devidamente aplicadas as regras de interrupção da prescrição já consagradas no Código de Processo Civil.⁵¹⁴

Diferentemente do que ocorre no processo penal brasileiro, uma vez iniciada dentro do prazo legal a ação coletiva de responsabilização da pessoa jurídica, não haverá mais qualquer risco de prescrição, não havendo que se falar nas ações de natureza não penal, tal como ocorre na ação por ato de improbidade administrativa, em prescrição intercorrente.

É importante registrar, por fim, que, no que diz respeito à reparação integral do dano causado pela prática do ato lesivo, não há que se falar em prescrição por força da dicção expressa do § 5º do art. 37 da Constituição Federal: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, *ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*”.

3 GOVERNANÇA CORPORATIVA E ESTRUTURAÇÃO DE UM SISTEMA DE CONTROLE EMPRESARIAL

The reasonable man adapts himself to the world;

⁵¹³ DIPP/CASTILHO, *op. cit.*, p. 111.

⁵¹⁴ Art. 240, § 1º, do CPC. A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação.
[...]

Art. 312 do CPC. Considera-se proposta a ação quando a petição inicial for protocolada, todavia, a propositura da ação só produz quanto ao réu os efeitos mencionados no art. 240 depois que for validamente citado.

*the unreasonable one persists in trying to adapt the world to himself.
Therefore all progress depends on the unreasonable man.*

George Bernard Shaw

3.1 O gerenciamento da integridade empresarial

Poucas empresas ainda desconhecem os princípios de governança corporativa, pois a maioria delas já integrou à sua cultura os pilares de transparência, prestação de contas, equidade e responsabilidade. Normas e mecanismos baseados nesses princípios conferem às empresas que os adotam vantagens importantes em relação às demais, tornando-as muito mais competitivas. A governança corporativa – que deve ser compreendida como o conjunto das disposições que permitem assegurar que os objetivos pretendidos pelos dirigentes são legítimos e que os meios escolhidos para atingir esses objetivos são adequados – é fator de sustentabilidade empresarial, pois, sem essas práticas, uma empresa jamais conseguirá garantir a perenidade dos negócios. Guarda, por isso, vinculação direta com a integridade empresarial, que precisa ser ativa e passiva:

An organization lacks integrity when it operates contrary to the moral values and norms of its relevant publics (often referred to in business ethics as “stakeholders”). Such action may include active involvement, such as the multinational that actively bribes foreign politicians as part of its acquisition, or the organization may simply shut its eyes and ignore integrity problems such as absence of a corporate anticorruption policy or a lack of antisexism regulation in the military.⁵¹⁵

A difusão dos conceitos e práticas derivadas da boa governança e, via de consequência, da integridade empresarial foi recentemente acelerada por uma série de acontecimentos. A crise dos derivativos, que abalou a economia mundial em 2008, e o recente cenário de denúncias e investigações sobre corrupção empresarial, inclusive no Brasil e em Portugal, não deixam dúvidas quanto à necessidade da adoção de uma boa governança para garantir tanto o valor da marca como também a imagem limpa e desvinculada de atitudes ilícitas ou comprometedoras.

É verdade que a grande maioria dos executivos está buscando a implementação das boas práticas de governança empresarial por receio de danos à sua reputação, que pode ser de valor incalculável, e das punições previstas na legislação aplicável. Entretanto, uma razoável

⁵¹⁵ HUBERTS, *op. cit.*, p. 61. Tradução livre: Uma organização carece de integridade quando opera de forma contrária aos valores e normas morais do seu público relevante (muitas vezes referido na ética empresarial como “stakeholders”). Tal ação pode incluir o envolvimento ativo, como a multinacional que suborna ativamente políticos estrangeiros como parte de sua aquisição, ou a organização pode simplesmente fechar os olhos e ignorar problemas de integridade, como a ausência de uma política anticorrupção corporativa ou a falta de regulação antissexista entre os militares.

quantidade de pessoas jurídicas que já percebeu que o comportamento correto em qualquer situação, rechaçando práticas espúrias de alguns mercados e nichos corruptos do setor público e privado, e que doravante dará sustentabilidade aos negócios, aí incluídas as federações esportivas e os clubes de cada país, eis que desempenham uma *função pública ou prestam um serviço público*, nos termos definidos no art. 2º da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção⁵¹⁶ e, nesse sentido, também podem incorrer nos tipos penais previstos na lei geral penal como comportamentos fraudulentos cometidos na área desportiva.⁵¹⁷

As pessoas jurídicas de um modo geral, assim, se preocupam cada vez mais com a ética e a integridade, até porque um número cada vez maior de investidores está considerando essas questões como prova de que estão sendo bem geridas. Todas as empresas, sejam elas grandes ou pequenas, são vulneráveis à corrupção, e o potencial de dano decorre de uma série de circunstâncias: a) riscos legais, diante de um endurecimento cada vez maior das leis anticorrupção; b) riscos de reputação, vez que um escândalo de corrupção por trazer danos irreparáveis à imagem da empresa, relação tanto em aos consumidores quanto aos seus parceiros comerciais; c) riscos financeiros, já que a corrupção prejudica o desempenho dos negócios e impede um desenvolvimento legítimo e sustentável; d) riscos de estabilidade interna, eis que o comportamento antiético por parte dos dirigentes pode refletir-se na conduta dos demais funcionários da empresa, contaminando alguns e desmotivando outros.

A boa governança empresarial, assim, exige uma gestão eficiente, com mecanismos para conter os conflitos de interesses, manter a lisura no ambiente negocial. Para tanto, são necessários controles internos eficientes, estrutura organizacional consolidada, diretorias e comitês eficazes e proativos, funções e responsabilidades bem definidas para diretores e funcionários e busca incessante pela excelência. Entretanto, uma característica fundamental da boa governança merece destaque: a imprescindível transparência de toda estrutura empresarial.

O conceito de transparência deve, preliminarmente, se estabelecer em todos os setores da empresa para, somente após, ser iniciada a implementação de um sistema de controle interno que caminhe em direção à boa governança. Apesar de ainda serem tímidos os resultados nessa

⁵¹⁶ Art. 2º da UNCAC. Aos efeitos da presente Convenção: a) Por “funcionário público” se entenderá: [...] ii) toda pessoa que desempenhe uma função pública, inclusive em um organismo público ou numa empresa pública, ou que preste um serviço público, segundo definido na legislação interna do Estado Parte e se aplique na esfera pertinente do ordenamento jurídico desse Estado Parte; [...].

⁵¹⁷ O Coritiba Futebol Clube, inclusive, foi o primeiro clube brasileiro a instituir um programa de compliance destinado a funcionários e gestores da instituição, que passa a integrar o conjunto de instrumentos de gestão do clube paranaense. A medida inaugura, de forma inédita, um mecanismo de combate a corrupção em um clube de futebol brasileiro e tem como pilar o fortalecimento de medidas éticas e morais. Disponível em Canal Conduta Coxa Branca (Coritiba Futebol Club), [website], <http://www.condutacoxabranca.com.br/> [acesso em 2 de novembro de 2016].

seara⁵¹⁸, houve uma ligeira evolução nos últimos anos, pois as empresas passaram a ser mais cobradas pelos chamados *stakeholders* e pelo próprio mercado, principalmente após a entrada em vigor da Lei Sarbanes-Oxley. A transparência funcionaria, nesta acepção, como um instrumento catalisador de informações de risco aos investidores, o que geraria uma maior aproximação destes em vista da facilitação do acompanhamento dos aspectos financeiros, estratégicos e operacionais das empresas⁵¹⁹.

Segundo o código de boas práticas de transparência⁵²⁰, publicado pelo Fundo Monetário Internacional – FMI –, garantir a transparência é emitir as informações necessárias para o público de uma forma compreensível, acessível e em tempo útil. Para tanto, há a necessidade de um aprimoramento constante dos relatórios anuais e dos *websites* corporativos, os quais devem conferir maior visibilidade à atividade empresarial e gerar maior controle dos riscos do negócio.

Escândalos mundiais recentes têm deixado exposta a utilização de empresas de fachada e de paraísos fiscais por parte do empresariado, muitas vezes trazendo a reboque crimes de evasão fiscal e de lavagem de dinheiro. Esses casos têm gerado uma indignação pública contra o sigilo corporativo, o que certamente aumentará a pressão em favor de uma maior transparência empresarial. As empresas multinacionais emergentes certamente não escaparão a essa tendência e, por isso, caso pretendam realizar negócios de forma competitiva no mercado global, o único caminho que podem trilhar envolve o aprimoramento de seus desempenhos em transparência.

À medida em que os conceitos derivados da integridade empresarial ficam mais claros e a prática avança, a discussão sobre o assunto se aprofunda. Tornam-se evidentes, como se irá tentar demonstrar, as diferenças entre a mera adoção de normas para dar uma aparência de

⁵¹⁸ O relatório da Transparência Internacional denominado “*Transparency in Corporate Reporting*”, divulgado em julho de 2016, avaliou as práticas de divulgação de 100 grandes multinacionais dos mercados emergentes com sede em 15 países e ativos em 185 países. Apesar de sinais dispersos de melhoria a partir de 2013, os resultados globais das empresas avaliadas continuam muito fracos, uma indicação clara de que as multinacionais dos mercados emergentes ainda possuem baixos padrões de transparência. A pontuação média global para as 100 empresas avaliadas neste relatório é de 3,4 de uma pontuação máxima de 10, um desempenho ligeiramente mais fraco do que em 2013, mas praticamente equivalente à pontuação geral de 3,8 obtida no relatório 2014, que avaliou as 124 maiores multinacionais do mundo (TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Transparency in Corporate Reporting – Assessing Emerging Market Multinationals*, 2016 [disponível em http://files.transparency.org/content/download/2025/13112/file/2016_TransparencyInCorporateReporting_EMMs_EN.pdf, acesso em 12 de julho de 2016]).

⁵¹⁹ “Todo líder, seja governamental, seja empresarial, ou de qualquer outro tipo de organização, deve conscientizar-se da ideia de que ser aberto e honesto a respeito do empreendimento é em geral o melhor caminho. Sempre que se estiver em dúvida sobre a conveniência de tornar público algum fato negativo, é melhor errar para o lado da divulgação. É até possível que o impacto inicial da revelação seja adverso, mas duas são as razões convincentes para a divulgação: primeiro, seja como for, o fato acabará transpirando para o público, e a situação ficará ainda pior, pois sempre se indagará, com toda razão, que outras situações estão sendo acobertadas. Segundo, com o tempo, os líderes honestos e francos angariam confiança entre os investidores e constituintes, o que se reveste de importância fundamental quando, um dia, alguma situação difícil exigir que o público acredite na organização e no líder. O melhor conselho para um CEO é que divulgue as más notícias o mais cedo possível. Sempre que alguém defender por meio de argumentos convolutos a ocultação da realidade, a atitude recomendável é ignorar a má orientação e revelar a situação” (GIULIANI, *op. cit.*, pp. 87-88).

⁵²⁰ CTI LOGISTICS LIMITED, “Report on the implementation of APEC Transparency Standards”, in *CTI Logistics Annual Report*, appx. 6, 2007 [disponível em http://www.apec.org/~media/Files/Groups/Transparency/07_cti_ctirpt_Appdx6.pdf, acesso em 28 de maio de 2016].

observância das leis e regulamentos e a adoção efetiva das mesmas com a consciência de que são elas necessárias para o bom funcionamento da empresa, dos negócios e do aumento dos lucros.

No âmbito negocial, não restam mais dúvidas no sentido de que, para o fomento da atividade empresarial, é crucial que o desenvolvimento do mercado de capitais seja acompanhado do fortalecimento das práticas de governança corporativa das empresas e das estruturas de proteção aos acionistas. Por esse motivo, vários países já possuem leis que impõem às empresas a regulação dessas práticas. Em Portugal, encontra-se em pleno vigor o Regulamento da CMVM (Comissão do Mercado de Valores Mobiliários) n.º 4/2013⁵²¹, o qual impõe aos emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado situado ou a funcionar em Portugal a adoção do Código da CMVM ou de um código de governo societário emitido por entidade vocacionada para o efeito (art. 2º).

Essa opção contida no regulamento português é importante porque os códigos de governança, ao mesmo que devem funcionar para a redução de riscos e para uma maior segurança do investidor, também precisam contemplar os diferentes estágios de desenvolvimento das empresas.

Além disso, de acordo com o art. 3º do mesmo Regulamento, devem os mesmos emitentes tornar acessível em sítio próprio na Internet, em termos claramente identificados e atualizados, informações acerca da firma, da qualidade de sociedade aberta, da sede e dos demais elementos mencionados no art. 171.º do Código das Sociedades Comerciais (alínea “a”), dos Estatutos (alínea “b”), da identidade dos titulares dos órgãos sociais e do representante para as relações com o mercado (alínea “c”), do Gabinete de Apoio ao Investidor ou estrutura equivalente, respectivas funções e meios de acesso (alínea “d”), dos documentos de prestação de contas, que devem estar acessíveis pelo menos durante cinco anos (alínea “e”) e do calendário semestral de eventos societários, divulgado no início de cada semestre, incluindo, entre outros, reuniões da assembleia geral, divulgação de contas anuais, semestrais e, caso aplicável, trimestrais (alínea “f”).

⁵²¹ PORTUGAL, Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), Regulamento da CMVM n.º 4/2013, Governo das Sociedades (Revoga o Regulamento da CMVM n.º 1/2010) [disponível em http://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/Legislacaonacional/Regulamentos/Pages/Reg_2013_04.aspx, acesso em 6 de março de 2016].

No Brasil, a legislação e as instruções normativas da Comissão de Valores Imobiliários (CVM) já avançaram. São marcos desse processo a criação, no ano 2000, do “Novo Mercado” pela BM&FBovespa, segmento que exige os índices mais altos de governança, a reformulação da Lei das Sociedades Anônimas em 2001, que impôs maior transparência na gestão das empresas, e a própria Lei n.º 12.846/2013, em vigor desde janeiro de 2014. Entretanto, apesar de haver uma forte tendência nesse sentido por força do mercado global e da necessidade de atração de investimentos externos, ainda não existem regras com força impositiva de adoção dos princípios da transparência, da equidade, da prestação de contas (*accountability*) e da responsabilidade corporativa por parte de algumas empresas.⁵²²

É importante destacar que a implementação de medidas dessa natureza deve valer tanto para empresas privadas como para empresas públicas e sociedades de economia mista, já que ambas têm como objetivo alcançar resultados financeiros consistentes e sustentáveis. A diferença é que as últimas acumulam também objetivos de interesse público e, por isso, sofrem ainda com a ingerência político-partidária.

Por esse motivo, como essas companhias atuam em setores-chave da economia, a imposição de regramentos eficientes para regular o adequado funcionamento das mesmas é fundamental para os rumos da atividade econômica, para a credibilidade do mercado de capitais e para a solidez do sistema financeiro nacional.

3.2 Programa de compliance

3.2.1 Noções gerais e objetivos

A partir da entrada em vigor da Lei de Lavagem de Dinheiro, em 1998, e da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas, em 2013, a implementação de programas de compliance no âmbito

⁵²² O GT Interagentes – grupo de trabalho que reúne 11 entidades do mercado de capitais – começou a elaborar o Código Brasileiro de Governança Corporativa, com supervisão e acompanhamento da CVM – Comissão de Valores Mobiliários. O objetivo é fortalecer as boas práticas e aumentar a transparência das informações prestadas pelas companhias abertas, minimizando fatores críticos para a decisão de investimento e, portanto, para a atração de capitais. O Grupo de Trabalho Interagentes (“GT Interagentes”) é composto por representantes da ABRAPP (Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar), ABRASCA (Associação Brasileira das Companhias Abertas), ABVCAP (Associação Brasileira de Private Equity & Venture Capital), AMEC (Associação de Investidores no Mercado de Capitais), ANBIMA (Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais), APIMEC (Associação dos Analistas e Profissionais de Investimento do Mercado de Capitais), BM&FBovespa, BRAiN (Brasil Investimentos e Negócios), IBGC (Instituto Brasileiro de Governança Corporativa), Instituto IBMEC (Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais) e IBRI (Instituto Brasileiro de Relações com Investidores), contando com o acompanhamento, na condição de observadores, da CVM (Comissão de Valores Mobiliários) e do BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social). Fonte: IBGC, “Representantes do mercado de capitais preparam Código Brasileiro de Governança Corporativa” (*Press Release*), 28 de agosto de 2015 [disponível em <http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=19529/representantes-do-mercado-de-capitais-preparam-ca%E2%82%AC%E2%82%BD%E2%82%BDdigo-brasileiro-de-governana%E2%82%BDa-corporativa>, acesso em 6 de março de 2016].

empresarial brasileiro passou a representar praticamente uma imposição para as companhias que desejam ser reconhecidas pela ética corporativa e pelo compromisso de cumprimento da legislação em vigor. Alessandra Gonsales explicita bem a questão em tempos atuais:

O Brasil demanda atenção especial. O enorme peso do Estado na economia – da prestação de serviços básicos até o controle direto de poderosas estatais – e um histórico de décadas de reconhecida burocracia ineficaz e corrupção no setor público, somados a um mercado consumidor de 200 milhões de habitantes e uma economia que há tempos figura entre as maiores do mundo, constituem riscos jamais negligenciáveis. Apesar disso, foi preciso uma leva de prisões de grandes empresários para que o tema da corrupção fincasse suas estacas no ambiente corporativo. Hoje, existe uma percepção muito forte da necessidade do compliance na alta direção das companhias multinacionais e também nos grandes grupos locais.⁵²³

Portugal, como já demonstrado, prevê a responsabilidade penal das pessoas jurídicas em seu Código Penal desde 2007, conforme previsão contida no art. 11.º, n.º 2, alíneas “a” e “b”. Foi a partir daí que os programas de compliance portugueses assumiram especial importância, pois são eles fundamentais para aferir essa responsabilidade a partir da densificação, caso a caso, do que seja a “violação dos deveres de vigilância e controlo” que incumbe às pessoas que, nas pessoas jurídicas, ocupam posição de liderança em relação aos atos praticados por aqueles que não exercem posições de liderança. Por isso, está superada, em Portugal, a compreensão de que compliance seria um tema exclusivo apenas daqueles que atuam no setor financeiro ou têm uma relação mais intensa com o mercado norte-americano.

“Compliance” é uma palavra da língua inglesa derivada do verbo *to comply*, o qual significa cumprir, obedecer ou realizar uma ação imposta. Não existe na língua portuguesa uma palavra correspondente, mas uma tradução aproximada poderia se reportar às expressões observância, conformidade e submissão. Pode-se dizer, assim, que “compliance” guarda pertinência com o ajustamento das condutas das pessoas envolvidas nas leis, de modo geral, e nas regras estabelecidas dentro de uma empresa:

Na verdade, quando se fala em compliance, automaticamente se quer referir aos sistemas de controles internos de uma instituição que permitam esclarecer e dar segurança àquele que se utiliza de ativos econômico-financeiros para gerenciar riscos e prevenir a realização de eventuais operações ilegais, que podem culminar em desfalques, não somente à instituição, como também aos seus clientes, investidores e fornecedores.⁵²⁴

Em outras palavras: trata-se de um conjunto de mecanismos e procedimentos internos de regulação, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades que, pela efetiva aplicação dos

⁵²³ GONSALES, *op. cit.*, pp. 59-60.

⁵²⁴ BENEDETTI, *Criminal compliance – instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal*, São Paulo, Quartier Latin, 2014, p. 75.

códigos de conduta e das políticas e diretrizes da organização, objetivam *prevenir, detectar e corrigir* desvios, fraudes, irregularidades e quaisquer outros atos ilícitos praticados contra a própria pessoa jurídica e/ou contra a Administração Pública nacional ou estrangeira. O que se busca é prevenir e minimizar os riscos das atividades exercidas pelas organizações através do cumprimento de todas as regras, das leis, dos procedimentos, dos regulamentos e dos controles a que cada empresa está sujeita, partindo dos regramentos impostos pelas agências reguladoras do governo, passando pelas regras contábeis, tributárias e ambientais, até à observância completa e total da legislação anticorrupção em vigor no país.

O conceito deixa muito claro que, acima da proteção aos riscos existentes, os programas de compliance impulsionam as empresas a assumirem um importante papel na mudança cultural dos países. Além disso, os escândalos de governança, as crises financeiras, os casos de corrupção e os problemas sociais e ambientais identificados em vários países do mundo têm acentuado a necessidade de consolidação de padrões éticos, legais e transparentes de comportamento⁵²⁵.

Apesar de ainda permanecer alguma resistência por parte do empresariado quanto à implementação de programas dessa natureza, dado o custo o que acarreta, existe uma compreensão, cada vez maior, de que as ferramentas de compliance, atualmente, representam um dos pilares fundamentais de qualquer empresa.

Um programa de compliance bem estruturado, antes de qualquer outra coisa, transmite uma imagem mais sólida, clara e socialmente responsável da empresa, e cria um ambiente de trabalho mais saudável e produtivo. Programas dessa natureza geram um orgulho natural dos funcionários de trabalharem naquela empresa, os quais disseminam seus princípios em seus círculos privados de amigos e, ao mesmo tempo, geralmente atraem consumidores e talentos profissionais com relativa facilidade, pois os jovens acreditam que essas empresas são bons lugares para comprar, investir e para construir uma carreira⁵²⁶.

⁵²⁵ “O papel do compliance é o de garantir que o ambiente de negócios seja justo para todos os participantes em escala global. Ao criar mecanismos para que a empresa não incorra em problemas que possam manchar sua reputação (com impactos diretos na receita) e gerar multas por violações às regras, leis e valores de cada mercado onde opera, o compliance protege o valor das empresas e cria um ambiente corporativo mais justo e transparente ao redor do mundo, uma vez que a proteção do valor de uma empresa envolve toda a sua cadeia de abastecimento e a sua rede de parceiros, amplificando o seu impacto” (GONSALES, *op. cit.*, p. VII).

⁵²⁶ Pesquisa realizada no ano de 2015 e coordenada pela consultoria PwC, que ouviu empresários, executivos e público em geral de 16 países, mostrou que o Brasil aparece no topo do ranking quando o assunto são serviços e produtos oferecidos por empresas que trabalham alinhadas aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Dos entrevistados, 95% afirmaram que preferem empresas que defendem os ODS e têm ações para melhorar a vida de todos no planeta. Em segundo lugar aparece a Índia (87%), seguida por Argentina (86%), China (85%) e África do Sul (85%) (PwC – PricewaterhouseCoopers, *Make it your business: Engaging with the Sustainable Development Goals*, 2015 [disponível em <https://www.pwc.es/es/publicaciones/gestion-empresarial/assets/encuesta-pwc-desarrollo-sostenible.pdf>, acesso em 20 de julho de 2016]). Em março de 2016, na Cúpula de Ética Global da Ethisphere, mais de quatrocentos executivos de empresas líderes mundiais se reuniram em Nova Iorque e, na ocasião, responderam a uma pesquisa para espelhar a visão dos mesmos sobre alguns tópicos principais na

Programas de compliance também representam uma vantagem competitiva. Diversas empresas, atualmente, condicionam a contratação de terceiros que irão representá-las perante a Administração Pública à existência de um programa de compliance em pleno funcionamento. Isso porque a empresa contratante, como já demonstrado, pode ser responsabilizada por ato de terceiros que agem em seu nome, ainda que ela não tenha determinado ou sequer tenha conhecimento daquela atividade. Assim, para efeito de contratação, empresas que não possuem um programa de compliance efetivamente implementado têm sido evitadas, pois, em um ambiente negocial, não vale a pena expor a reputação da organização, construída ao longo de anos, a um risco dessa envergadura.

Além disso, um programa de compliance robusto proporciona às empresas acesso preferencial ao mercado de capitais a custos muito menores, eis que, quanto menor for a exposição da empresa a riscos, menores serão os juros cobrados por qualquer instituição financeira. Se obtém financiamento por condições mais favoráveis, a empresa poderá oferecer, no mercado, produtos e serviços a preços mais baixos do que seus competidores.

A existência de um bom programa de compliance, ademais, gera para a empresa uma imagem de “cumpridora da lei” (*law abiding company*) e, por isso, também deve ser considerada para efeito de obtenção de confiança e respeito por parte dos *stakeholders*. De acordo com a Lei Anticorrupção Empresarial, um fundo de investimento pode ser responsabilizado integralmente pelos atos ilícitos praticados pelos funcionários daquela empresa na qual o fundo investiu capital. Deste modo, fundos como o *Private Equity* e o *Capital Venture* têm limitado seus investimentos a empresas que possuam um programa de compliance que atenda requisitos mínimos.

integridade corporativa. Para 84,17% dos entrevistados, os integrantes da “Geração Y” (nascidos no século XXI) estão dispostos a pagar mais por produtos e serviços de uma empresa que é reconhecida como uma “corporação cidadã” (NABOZNY, “GES Survey: A Few Key Topics in Corporate Ethics”, Ethisphere, March 31st, 2016 [disponível em <http://insights.ethisphere.com/global-ethics-summit-survey-results/>, acesso em 12 de julho de 2016]). Na mesma linha, uma pesquisa de responsabilidade social corporativa realizada no ano de 2015 pela companhia de seguros AFLAC revelou que 69% dos consumidores estão propensos a comprar ações de uma empresa bem conhecida por seus padrões éticos; que 92% dos integrantes da geração do milênio são mais propensos a comprar produtos de uma empresa ética; que 75% dos consumidores disseram que seria mais felizes se trabalhassem para uma empresa com um programa de responsabilidade social forte; e 82% da geração do milênio são suscetíveis de procurar emprego em uma empresa que tenha sido premiada publicamente por sua ética, enquanto, dentre os entrevistados com mais de 35 anos, 68% também o fariam (AFLAC, “Aflac Corporate Social Responsibility: Survey Fact Sheet”, Viewpoint Business, 2015 [disponível em <https://philanthropy.com/items/biz/pdf/AflacCorporateSocialResponsibility.pdf>, acesso em 12 de julho de 2016]). Por fim, a empresa Cohn & Wolfe investiga, desde 2012, a “autenticidade” como um princípio orientador da prática empresarial. A pesquisa de 2016 revelou que os consumidores preferem marcas que procuram se relacionar de forma transparente e honesta, e estão, inclusive, dispostos a perdoar deslizos, se a interlocução for franca e medidas concretas capazes de reverter um problema forem adotadas. Nos EUA, 55% dos consumidores entrevistados disseram que uma empresa que demonstrasse características autênticas ganharia sua preferência e seria indicada para amigos e familiares, enquanto 25% considerariam investir em uma empresa autêntica se tivessem a oportunidade e 19% dos norte-americanos considerariam a opção de trabalhar prioritariamente para uma empresa autêntica (COHN & WOLFE – Global Communications & Public Relations Agency, “What does it mean to be authentic?”, 2012 [disponível em <http://authentic100.com/>, acesso em 12 de julho de 2016]).

Por fim, é ainda importante registrar que a existência de um programa de compliance devidamente implementado facilita muito as operações de fusões e aquisições, pois, atualmente, um dos gargalos dessas operações está exatamente na negociação das cláusulas anticorrupção. A entrada em vigor da Lei n.º 12.846/2013 expôs essas operações a uma série de novos riscos advindos da prática de atos de corrupção, fraude, formação de cartéis, dentre outros eventualmente praticados pela empresa sucedida, ilícitos, estes, que, doravante, são de responsabilidade objetiva da empresa sucessora.

Não bastassem todas essas questões de caráter negocial, em caso de ocorrência de eventual ilícito praticado por qualquer funcionário, a empresa sempre estará em melhor posição de defesa se estiver sob controle regulamentar e puder apresentar programas de compliance bem concebidos.

Por tudo isso, os programas de compliance assumiram um *status* fundamental para as empresas que desejam sustentabilidade e perenidade no mercado. Assim, os novos contratos estão sendo redigidos com cláusulas contendo uma extensa lista de indicações correlacionadas à interação com autoridades governamentais, ao processo de obtenção de licenças operacionais do negócio e ao estrito cumprimento e observância das leis anticorrupção, lavagem de dinheiro e concorrência. Para minimizar os riscos do negócio, vêm sendo utilizadas algumas cláusulas em contratos dessa natureza prevendo retenção de parte do preço para garantia de passivos não materializados e atribuição de prêmio caso potenciais contingências não se materializem num determinado espaço de tempo.

Due diligence pré-aquisição anticorrupção tem sido o primeiro elemento a ser considerado em uma possível fusão ou aquisição. Para que os riscos do negócio possam ser estimados e previstos contratualmente, torna-se fundamental investigar previamente a empresa alvo da negociação, não somente quanto aos passivos já materializados, mas também quanto aos passivos não materializados relacionados aos atos de corrupção. A investigação, nesse caso, vai além da simples análise legal de documentos, contratos e ações existentes.

Para se chegar aos pontos de atenção que indiquem incremento dos riscos relacionados à legislação anticorrupção (“*red flags*”), deve ser analisado todo o negócio da empresa alvo levando-se em consideração o grau de sua interação com o governo, inclusive com identificação da existência de ex-funcionários públicos em seus quadros cujas atividades possam caracterizar conflitos de interesses. Também devem ser analisadas com muito cuidado quaisquer doações

para políticos realizadas no passado e os processos de obtenção das licenças operacionais. Ao lado de uma investigação independente que compare as informações públicas com aquelas fornecidas pelo vendedor, devem ser entrevistados os executivos, fornecedores e prestadores de serviço estratégicos para uma análise das práticas internas da empresa alvo. Cabe, por fim, a devida análise quanto à efetividade dos instrumentos de prevenção que essa empresa adotou em seu programa de compliance.

Uma estratégia que pode ser interessante no desenvolvimento desse trabalho envolve a análise geográfica da atividade operacional da empresa. Um importante critério que pode ser considerado a esse respeito envolve os rankings de transparência e de cumprimento da Lei de Acesso à Informação, organizados periodicamente pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle, respectivamente. Assim, se a empresa investigada possui sede em um Estado ou em Município pouco transparente ou que não cumpre os regramentos da Lei de Acesso à Informação, certamente os riscos de corrupção serão maiores.

Todas essas cautelas não são apenas importantes para estimar o impacto dos riscos no valor do negócio, mas são também vitais para que o comprador tenha clareza das responsabilidades que serão assumidas na qualidade de sucessor.

Apesar de o Brasil ter uma legislação de combate à corrupção e lavagem de dinheiro ainda em evolução, já é notada uma mudança significativa nos procedimentos adotados em operações de fusões e aquisições. Novas práticas acontecem não só na maneira como os contratos de compra e venda estão sendo redigidos e negociados, mas também na forma como a empresa alvo passou a ser auditada.

Assim, diferentemente do que acontece nas esferas trabalhista e tributária, nas quais a empresa consegue quantificar qual seria o seu passivo, em se tratando de aspectos anticorrupção isso é praticamente impossível de ser mensurado. Se uma empresa adquire uma outra e, após a aquisição, se depara com atos ilícitos praticados antes daquela operação, ela pode ser obrigada suportar um prejuízo que não é possível ser quantificado antecipadamente. Por isso, quando a empresa que vai ser adquirida possui um programa de compliance robusto, a negociação de aquisição acaba fluindo de uma maneira muito mais tranquila.

A edificação de qualquer programa de compliance deve estar sempre baseada em três pilares: prevenção, detecção e correção. A prevenção estabelece-se como pilar central exatamente porque é ela a ferramenta mais eficaz para alcançar o objetivo final de manter a organização livre das práticas ilícitas. Para tanto, avaliações de unidades devem ser rotineiramente realizadas para identificação de todos os riscos, políticas e procedimentos devem ser estabelecidos e qualquer ameaça deve ser prontamente comunicada por sinais de alerta. Entretanto, por melhor que seja a prevenção, nem sempre ela será capaz de evitar os desvios de conduta no âmbito de uma corporação. Por isso, a existência de instrumentos de detecção de fraudes, ilicitudes e irregularidades é fundamental para qualquer programa de compliance. A correção, por último, é importante para demonstrar, na prática, que a organização é absolutamente intolerante em relação a desvios comportamentais, independentemente do nível hierárquico envolvido. Após a detecção, as falhas devem ser corrigidas e medidas disciplinares devem imediatamente ser aplicadas, inclusive com máxima publicidade para que sirvam elas de exemplos para os demais funcionários.

Por tudo isso, não resta qualquer dúvida no sentido de que, atualmente, qualquer organização deve investir na implementação de um programa de compliance alinhado aos seus objetivos estratégicos, integrado a todos os seus sistemas de gestão e em pleno funcionamento com todos os seus elementos integrantes⁵²⁷, os quais serão devidamente detalhados a seguir.

3.2.2 Os dez elementos fundamentais de um programa de compliance

a) Comprometimento e suporte da alta administração (“tone at the top”)

É natural que haja uma tendência dos funcionários de uma organização de seguirem os exemplos de seus líderes, o que se torna especialmente problemático o envolvimento daqueles que ocupam os cargos mais altos da empresa com práticas ilícitas. Por isso, o inciso I do art. 42 do Decreto Federal n.º 8.420, de 18 de março de 2015, estabelece como primeiro requisito para um efetivo programa de compliance o “comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa”.

⁵²⁷ No Brasil, o crescimento do compliance foi acelerado pela entrada em vigor da Lei n.º 12.846/2013 e pelas punições que vêm ocorrendo no mundo empresarial a partir de operações recentes realizadas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, com destaque para a “Operação Lava Jato”. Entretanto, pesquisa denominada “Maturidade do Compliance no Brasil”, realizada em 2015 pela KPMG com 200 empresas de 19 segmentos da economia, revelou que apenas 12% das empresas brasileiras possuem uma área de compliance de alta performance, 23% estão em fase de integração, 19% estão em fase de monitoramento, 34% apresentam uma estrutura mínima e 12% não possuem qualquer estrutura de compliance implementada. Por fim, 32% dos empresários entrevistados reconheceram que a cultura do compliance ingressou na empresa há menos de três anos, o que bem demonstra que a prática ainda é incipiente no Brasil (KPMG, “Maturidade do Compliance no Brasil”, 2015 [disponível em <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/br/pdf/2015/09/pesquisa-compliance-brasil-2015.pdf>, acesso em 12 de julho de 2016]).

A alegoria de Luis Moreno-Ocampo de classificação dos membros de uma organização pelas cores verde, amarela e vermelha, desenvolvida no primeiro capítulo deste trabalho⁵²⁸, muito bem ilustra a importância do número um da organização na construção de um programa de compliance. O *CEO – chief executive officer* –, o presidente ou o ocupante de cargo equivalente precisa, inclusive, engajar-se na promoção do programa via atividades práticas no âmbito da empresa, trazendo para si a responsabilidade de disseminar o discurso da ética e fomentar a comunicação em todos os níveis para passar uma mensagem clara dos objetivos que pretende ver alcançados.

Se os líderes destinam tempo de suas agendas no convencimento sobre a observância das regras de compliance, é natural que os liderados, que muitas vezes se espelham naquele que está no topo para orientar suas próprias carreiras, entendam como adequadas as mesmas prioridades.

O exemplo deve vir de cima e, exatamente por isso, não basta apenas apoiar, participar das reuniões e declarar entusiasmo nas comunicações de compliance – o líder máximo da organização deve incorporar os princípios éticos que sustentam o programa e praticá-los no cotidiano⁵²⁹, não apenas para dar o exemplo aos demais, mas também para consolidar valores na companhia que dirige.

A liderança ocupa posição de destaque desde a introdução do programa e assume a responsabilidade de dizer para toda a organização que a lei deve ser cumprida incondicionalmente, ainda que isso custe boas oportunidades de negócios ou impeça o atingimento de metas. Seus movimentos, por isso, permanecem durante todo o tempo no radar dos demais funcionários, inclusive para que sua conduta pessoal seja reproduzida por admiração, lealdade, receio ou qualquer outra razão.

O líder também desempenha a função de “garante” do programa, concedendo à diretoria de compliance a autonomia e a independência necessárias ao exercício de suas funções. Isso é fundamental para assegurar a liberdade e a imparcialidade na investigação dos assuntos que cheguem ao seu conhecimento pelo canal de denúncias ou outros meios de informação. A existência de um canal de comunicação direto com o CEO, além de ajudar a levantar a

⁵²⁸ Vide Capítulo I, Item 1.2.

⁵²⁹ Tal característica de liderança é referenciada pelo jargão corporativo *walk the talk*, o que significa, *grosso modo*, que o discurso deve ser compatível com os atos da vida diária.

proeminência da função de CCO (*chief compliance officer*), também promove a importância do programa de compliance em toda a organização e acelera a comunicação e tempo de resposta em relação a quaisquer incidentes.

Uma organização pode até possuir um programa de compliance bem elaborado, mas, se os seus altos executivos, principalmente em situações críticas, não moldarem suas condutas à mensagem que repetidamente é repassada aos demais funcionários, o programa jamais será efetivo. A situação fica ainda pior quando a liderança da corporação possui atributos éticos frágeis ou apresenta comportamentos inadequados, o que pode gerar consequências que vão desde a desmotivação da equipe e perda de talentos profissionais até à desvalorização real de mercado⁵³⁰ e à redução do faturamento da própria empresa.

Não se pode, entretanto, esperar que a cultura empresarial seja modificada apenas pelo decorrer do tempo e pela influência dos líderes, por melhores que eles sejam. Por isso, pela correta e adequada implementação dos demais elementos, o programa de compliance precisa penetrar na própria essência da organização e interferir nos hábitos, costumes, valores, práticas e processos.

b) Definição formal e expressa das políticas e procedimentos da empresa

Definida a estruturação de um programa de compliance a partir de uma iniciativa pública da alta direção, devem ser compreendidas, antes de qualquer outra coisa, as peculiaridades do negócio e as políticas que são desenvolvidas pela empresa, à luz de todas as leis e normas externas relevantes para o exercício das principais atividades da organização, as quais devem ser devidamente catalogadas. Essa providência inicial é fundamental porque, caso o desenho da política de compliance fique distante da realidade e das práticas atuais da empresa interessada, todo o esforço empreendido será completamente inútil.

Esse trabalho específico culmina com a reunião das informações pertinentes à análise prévia dos riscos (operacionais, financeiros, reputacionais, etc.) daquela companhia, com identificação dos processos internos mais expostos às pressões de práticas corruptas, notadamente aqueles que têm maior proximidade com órgãos governamentais. Diante da impossibilidade de serem

⁵³⁰ Apenas a título ilustrativo, merece menção o fato de que, no dia 31 de maio de 2016, as ações do Banco Brasileiro de Descontos, S.A. – Bradesco –, imediatamente após a divulgação do envolvimento de seu CEO com práticas corruptas na denominada “Operação Zelotes”, instaurada para apurar a “compra” de decisões dos conselheiros do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), sofreram, em apenas sete minutos, uma desvalorização que gerou uma perda de valor de mercado do banco de 7,108 bilhões de reais (FIGO, “Ações do Bradesco despencam mais de 7% com Zelotes”, *Exame* [online], 31 de maio de 2016 [disponível em <http://exame.abril.com.br/mercados/noticias/acoes-do-bradesco-despencam-mais-de-7-com-zelotes>, acesso em 28 de julho de 2016]).

atacados todos os riscos de uma vez, é necessário estabelecer, em conjunto com a gestão, os pontos mais sensíveis que precisam ser prioritariamente enfrentados.

É também muito importante a elaboração de um documento que defina a atribuição específica de cada cargo dentro da empresa, com ampla divulgação, a fim de assegurar o perfeito entendimento entre os diversos funcionários na execução de suas funções, os limites de comprometimento que um funcionário pode exercer em nome da empresa e, também, a cobrança das devidas responsabilidades.

Somente após todas essas providências preliminares é que haverá condições para a estruturação dos demais elementos do programa de compliance.

Deve ser elaborado, na sequência, o código de conduta da empresa, o qual deve não apenas definir uma série de regras de comportamentos, a serem exigidos de todos colaboradores, inclusive gerentes e diretores da empresa, mas também refletir os princípios e os valores da organização de modo claro e inequívoco. Fica evidente, assim, que a elaboração do código de conduta nunca poderá ser a primeira providência na implementação de um programa de compliance, eis que ele depende sempre de um estudo preliminar, minucioso e bem elaborado que leva em conta as características do negócio que é realizado por aquela organização, a quantidade de funcionários, a região onde a empresa está geograficamente localizada, etc.

É de nenhum valor um código de conduta que simplesmente reproduz o documento já adotado por outra ou utiliza um modelo geral colocado à disposição para cópia, até porque cada empresa é uma empresa diferente. Mesmo dentro de um mesmo mercado, as empresas podem ficar expostas a riscos diversos – uma empresa que está situada em uma localidade mais corrupta precisa de maiores controles do que a concorrente, a qual está localizada numa região sem tantas complicações.

O conteúdo de um bom código de conduta exige, de modo geral, isonomia, imparcialidade, justiça, ausência de preconceitos, ambiguidades e obscuridades, com linguagem adequada e de fácil compreensão aos seus destinatários, sendo aplicável a todos os funcionários da organização, inclusive e principalmente aos ocupantes dos cargos mais elevados. Qualquer empresa tem por objetivo o lucro⁵³¹, mas a forma como ele pode ser alcançado deve vir

⁵³¹ “Toda empresa não pode prescindir do lucro, da mesma maneira que nós precisamos respirar para viver. Mas nós não vivemos para respirar e, da mesma forma, a empresa e o empresário não vivem para lucrar. O lucro deve servir a empresa e não a empresa servir ao lucro. Tocar uma

delineada no código de conduta, o qual funciona como um guia a ser observado na maioria das decisões e definições da empresa, assim como na manutenção do próprio programa de compliance.

Nenhum código de conduta, por óbvio, pode conter disposições que sejam contrárias às leis vigentes. Por outro lado, nada impede que um código de conduta, em relação a determinados procedimentos internos, seja até mais restritivo do que a própria lei, pois, como já observado no Capítulo I deste trabalho, nem todas as normas de conduta estão legalmente disciplinadas.⁵³²

Este elemento do programa reclama, ainda, o desenvolvimento, a divulgação por todos os meios possíveis e o arquivamento de todas as políticas e procedimentos da administração, inclusive a regulação de oferta de presentes e hospitalidade, de doações e patrocínios, de conflito de interesses (interno e externo), etc.

c) *Comunicação interna e treinamento*

Dan Ariely, em sua obra, registra que é falsa a percepção de que as pessoas, de modo geral, sejam imorais ou irão cometer ilicitudes sempre que a oportunidade surgir, mas que é verdade que a maioria precisa de lembretes sobre padrões éticos para se manter no caminho correto⁵³³. Por isso, qualquer programa de compliance necessita de vias de comunicação claras e efetivas, voltadas para todos aqueles que de alguma forma se encontram vinculados à organização, exatamente para que as práticas nele desenhadas possam ser devidamente incorporadas ao dia-a-dia desta.

De acordo com Wagner Giovanini⁵³⁴, os responsáveis por esse processo deverão, para tanto, adotar as seguintes providências: informar a organização sobre os fatos mais relevantes; manter vivo o assunto e garantir o aumento do número de adeptos e apoiadores ao tema; incentivar e reconhecer o sucesso parcial das pessoas e equipe, à medida que os desafios vão sendo vencidos; acostumar toda a organização com o novo tema, inclusive como parte da preparação para a auditoria no final do processo.

empresa vai muito além de gerar lucros, pois ela tem de ter em conta não só o bem-estar do acionista (*shareholder*), mas também o de todos os outros *stakeholders* – funcionários, clientes, fornecedores, meio ambiente, comunidades em que se inserem, além da sociedade em geral” (MOREIRA, “Dos Princípios, Meios e fins”, in *Cultura das Transgressões no Brasil – Lições da História*, coord. F. H. CARDOSO/M. M. MOREIRA, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, pp. XV-XVI).

⁵³² Vide Item 1.2, Capítulo I.

⁵³³ ARIELY, *op. cit.*, p. 33.

⁵³⁴ GIOVANINI, *Compliance – A excelência na prática*, São Paulo, 2014, p. 99.

O mesmo autor ainda sugere algumas estratégias a serem utilizadas para que esses objetivos possam ser devidamente alcançados: comunicação geral para os funcionários por meio de palestras ou de um pronunciamento do CEO; distribuição de encartes, folhetos e cartilhas; utilização de mídia eletrônica, com informações sucintas, buscando atrair a atenção dos destinatários paulatinamente⁵³⁵.

Diante do inventário de todas as leis e regulamentos a serem seguidos, da elaboração e publicização do código de conduta e da padronização das normas e procedimentos internos da empresa, faz-se necessário o devido treinamento dos funcionários a fim de que ninguém possa alegar desconhecimento quanto ao devido cumprimento.

Muito mais importante do que a quantidade é a qualidade do treinamento, pois, em verdade, o que realmente importa é o seu conteúdo e os seus efeitos, os quais devem ser avaliados na percepção do comportamento ético e nas relações de causalidade entre aquilo que consta no código de conduta e o comprometimento dos dirigentes e empregados da respectiva empresa.

d) *Canal de denúncias (“hotline”)*

Michel Foucault, em uma de suas mais famosas obras, ao tratar dos “recursos para o bom adestramento”, indica que o êxito do poder disciplinar está baseado na vigilância hierárquica, na sanção normalizadora e na aplicação do exame. De acordo com Foucault, um dos instrumentos que pode ser utilizado para alcançar o “bom adestramento” é exatamente a “vigilância por um superior hierárquico”, tratada pelo autor a partir do exame do que acontece com os operários no interior das fábricas e das oficinas.⁵³⁶ Citando Karl Marx, Foucault afirma que “[a] vigilância torna-se um operador econômico decisivo, na medida em que é ao mesmo tempo uma peça interna no aparelho de produção e uma engrenagem específica do poder disciplinar”⁵³⁷. Na mesma obra, discorre, ainda, sobre o “panoptismo”, que seria uma forma de vigilância (quase) total que permitiria o olhar sobre os menores movimentos e sobre os mínimos detalhes de um caso ou de um condenado⁵³⁸.

Depois de muitos séculos punindo os prisioneiros pelo sofrimento físico e pela humilhação, Michel Foucault conclui que, para se alcançar a “docilidade dos corpos”, é muito mais efetivo

⁵³⁵ *Id.*, *ibidem*, pp. 99-100.

⁵³⁶ FOUCAULT, *Vigiar e punir: nascimento da prisão* [Trad. Raquel Ramallete, 38ª ed., Petrópolis, Editora Vozes, 2010], pp. 164-185.

⁵³⁷ *Id.*, *ibidem*, p. 169.

⁵³⁸ O “Panóptico” de Jeremy Bentham seria, para Foucault, a figura arquitetural dessa composição (*id.*, *ibidem*, pp. 186-214).

vigiar do que punir. Por isso, é muito importante que os funcionários recebam o devido treinamento para que funcionem, também, na fiscalização dos colegas no que tange à observância e cumprimento dos regulamentos adotados, até porque, principalmente nas grandes empresas, é completamente impossível que cada funcionário seja vigiado durante todo o dia.

Nessa linha, os canais de denúncias de irregularidades, também chamados de canais de comunicação, canais abertos com o compliance ou *hotlines*, constituem o instrumento próprio para que os próprios funcionários da empresa ou terceiros envolvidos na consecução de sua atividade possam fiscalizar (ou vigiar) a atuação dos demais atores e, assim, alertar sobre violações ou potenciais violações à lei ou a políticas internas da empresa constatadas no dia-a-dia da respectiva organização.

Estes canais de denúncia constam das recomendações das próprias entidades governamentais brasileiras (principalmente a CGU – Ministério da Transparência e Controle) que, inspiradas em experiências internacionais sobre programas de compliance, entendem que o canal de denúncia é uma forma profundamente eficaz de combate a práticas ilegais. De acordo com relatório de 2016 da *ACFE – Association of Certified Fraud Examiners* –, o método mais comum de detecção de fraudes é a denúncia (39,1% dos casos), mas as organizações que possuem *hotlines* são muito mais propensas a detectar fraudes do que organizações que não possuem essa ferramenta (47,3% contra 28,2%, respectivamente). Em casos detectados por denúncias nas organizações dotadas de mecanismos formais de denúncia, as linhas telefônicas representaram o método mais usado (39,5%), mas denúncias apresentadas via e-mail (34,1%) e por formulário on-line (23,5%) demonstram que a Internet é mais utilizada do que o telefone.⁵³⁹

O inciso X do art. 42 do Decreto Federal n.º 8.420, de 18 de março de 2015, ainda indica que esses canais de denúncias devem ser dotados de “*mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé*”. Isso significa, em outras palavras, que devem existir garantias plenas de segurança no sentido de que jamais haverá retaliação por parte da empresa em relação ao denunciante de boa-fé e, ao mesmo tempo, que eventual má-fé do comunicante será tratada como um desvio ético. Desse modo, protege-se o colaborador denunciante bem-intencionado e, ao mesmo tempo, dá-se ao canal de denúncias a seriedade de que ele necessita.

⁵³⁹ ACFE, “2016 Report to the Nations on Occupational Fraud and Abuse, 2016 Global Study”, 2016 [disponível em <https://www.acfe.com/rtn2016/docs/2016-report-to-the-nations.pdf>, acesso em 28 de julho de 2016] – relatório baseado na “2015 Global Fraud Survey”, pesquisa aberta online realizada com 41.788 investigadores internos certificados (*CFE’s – Certified Fraud Examiners*) no período compreendido entre julho e outubro de 2015.

O canal de denúncias, assim, representa um dos pilares mais importantes de um programa de compliance, principalmente porque é a ferramenta mais eficiente colocada à disposição dos funcionários “verdes”, como o objetivo de inibir a ação dos “amarelos” e identificar e punir os “vermelhos”⁵⁴⁰, valorizando as boas práticas no âmbito empresarial.

É importante que, para tanto, seja resguardada a identidade do comunicante e o conteúdo da denúncia seja recepcionado como dado confidencial. Denúncias anônimas devem ser admitidas pelo canal de denúncias e encaminhadas para o setor de compliance, o qual avaliará a verossimilhança para, se for o caso, deflagrar uma investigação.

Muitas empresas fazem opção do gerenciamento de seu canal de denúncias por uma empresa terceirizada, a qual fica responsável por garantir a confidencialidade e o sigilo das informações. Seja qual for a estratégia adotada, os meios utilizados para o devido funcionamento do canal de denúncias serão os mesmos: a linha telefônica, um endereço de e-mail ou um campo específico no sistema ou na página da Internet da empresa. Em grandes corporações, recomenda-se, inclusive, a utilização de aplicativos em smartphones que sejam capazes de registrar a irregularidade ou ilicitude por imagem, áudio ou vídeo, o facilitará sobremaneira o trabalho de investigação.

Não é aconselhável, entretanto, que o filtro de informações recebidas pelo canal de denúncias fique sob a responsabilidade de um único funcionário, pois, se for assim, questões pessoais podem acabar se sobrepondo aos interesses da corporação. É recomendável, assim, que um comitê de ética, composto por membros da direção de auditoria, de recursos humanos, de ouvidoria e de compliance, assuma a análise das denúncias, dando a elas o devido encaminhamento.

É importante assinalar, por derradeiro, que, após o recebimento de uma comunicação de ilícito ou irregularidade e da adoção das respectivas providências, seja dado ao comunicante o devido retorno em tempo razoável, com indicação de que providências investigativas foram adotadas, sob pena de o canal de denúncias perder por completo sua credibilidade e de se colocar em risco todo o funcionamento do programa de compliance.

⁵⁴⁰ Acerca da classificação dos funcionários em verdes, amarelos e vermelhos, *vide* Capítulo I, Item 1.2.

e) Investigações internas em torno de irregularidades e práticas ilícitas

Os *compliance officers* são os profissionais responsáveis pelo controle interno da empresa e pela fiscalização do cumprimento das regras contidas no código de conduta. Suas investigações internas, assim, têm por objetivo identificar violações das políticas internas da empresa e a prática de ilícitos, possibilitar a implementação de controles internos mais eficientes, minimizar os impactos de uma investigação externa conduzida por órgãos regulatórios ou pela autoridade policial e estabelecer limites quanto à responsabilidade da empresa em relação aos atos praticados por seus funcionários, inclusive com a obtenção de vantagens legais em torno da redução, isenção ou remissão das multas decorrentes das infrações apuradas. Uma investigação interna eficiente, assim, garante a boa governança corporativa e resguarda a boa reputação da empresa.

É importante destacar, preliminarmente, que a informação possível de ser coletada, analisada e difundida é o fator determinante de qualquer estratégia anticorrupção: uma equipe de investigação somente encontrará provas da prática de ilícitos se for capaz de coletar e processar informações. Por isso, uma empresa eticamente engajada precisa garantir que seus procedimentos e os contatos de seus funcionários com autoridades sejam transparentes e auditáveis. Além disso, as investigações internas dos programas de compliance de qualquer organização devem abranger todos os tipos de ilícitos, não importando o tamanho. Como já destacado anteriormente, os pequenos desvios são capazes de, gradativamente, levar à prática de outros muito maiores caso haja um terreno propício e fértil para isso.⁵⁴¹

Normalmente, um procedimento investigatório é iniciado a partir de informações chegadas via canal de denúncias, notícias veiculadas na mídia, relatórios de uma auditoria interna ou externa, comunicações dos órgãos regulatórios ou pela análise dos resultados do monitoramento do programa de compliance. Além disso, determinados comportamentos podem indicar que um funcionário está envolvido com a prática de ilícitos, tais como sinais exteriores de riqueza, dificuldades financeiras ou familiares, proximidade estreita com fornecedores ou clientes e comportamentos genericamente inescrupulosos, e, assim, devem ser considerados “*red flags*” para efeito de investigações internas.

⁵⁴¹ Vide, a esse respeito e com mais detalhes, os Itens 1.2.3 e 2.2, Capítulo I.

Delineado o escopo do trabalho a partir da delimitação do fato a ser investigado, dos possíveis envolvidos e dos ilícitos (em tese) praticados, a investigação se inicia. Não há uma sequência rígida de atos que devem ser praticados ao longo do procedimento investigatório, pois as diligências vão se fazendo necessárias a partir das provas que vão sendo coletadas gradativamente. É recomendável, entretanto, que haja uma boa organização para facilitar a visualização daquilo que está sendo apurado; que sejam entrevistados, inicialmente, os empregados de níveis hierárquicos mais baixos e, identificada a responsabilidade de determinado funcionário, seja ele ouvido apenas ao final, quando o conjunto probatório já se encontra robustecido.

Algumas ferramentas podem trazer bons resultados se bem utilizadas em investigações realizadas no âmbito de uma empresa. A doutrina e a jurisprudência brasileiras, por exemplo, têm mantido firme posicionamento quanto à possibilidade de monitoramento e fiscalização dos bens postos pela empresa empregadora à disposição dos empregados para o exercício de suas funções, inclusive do e-mail corporativo^{542/543}, desde que haja comunicação prévia, clara e transparente quanto a essa questão. O Poder Judiciário brasileiro também admite como prova absolutamente lícita qualquer gravação de imagens produzida no horário de trabalho, desde que realizada em local público, na presença de terceiros e sem a utilização de qualquer artifício que

⁵⁴² “[...] independentemente de ordem judicial ou prévia ciência do empregado, é possível que a empresa efetue o controle do *e-mail* profissional. Com efeito, não há que se falar em proteção à intimidade, na hipótese em que o empregado está utilizando o *e-mail* da empresa, uma vez que não se trata de um instrumento concebido para a veiculação de assuntos privados. [...] Ademais, pode-se fundamentar esse controle também na teoria do abuso de direito, pois, ao utilizar o *e-mail* para fins diversos do trabalho, o empregado abusa de seu direito. Pouco importa, para tal fim, que o empregado esteja no ambiente do trabalho ou no horário do trabalho, uma vez que se trata de um instrumento vinculado à atividade laboral” (FREIRE Jr., “Restrição a direitos fundamentais – A questão da interceptação de *e-mail* e a reserva de jurisdição”, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 43 n.º 171 jul./set., 2006, pp. 57-58).

⁵⁴³ PROVA ILÍCITA. E-MAIL CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO. 1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (e-mail particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado e-mail corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. 3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o e-mail corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador. 4. Se se cuida de e-mail corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobre tudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de e-mail de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). 5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em e-mail corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal. 6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Processo n.º RR - 613/2000-013-10-00.7. Data de Julgamento: 18/05/2005, Relator Min. JOÃO ORESTE DALAZEN, 1ª TURMA, Data de Publicação: DJ 10/06/2005).

induza a uma conduta ilícita relacionada à atividade laboral do trabalhador⁵⁴⁴, possibilidade, essa, admitida apenas excepcionalmente, e com mais restrições, no Código do Trabalho português⁵⁴⁵ (Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro).

Ao final, é elaborado um relatório estritamente objetivo que deve conter o histórico, o sumário da investigação, com indicação da metodologia utilizada e seus respectivos resultados, a conclusão da comissão investigante e as recomendações a serem encaminhadas à alta administração da empresa, dentre elas, se for o caso, comunicação às autoridades responsáveis diante de eventual prática de crime.

Em casos mais complexos, como, por exemplo, quando há o envolvimento de profissionais da alta administração da organização ou quando há o entrelaçamento de múltiplas jurisdições que exige a atuação de profissionais especializados, a empresa pode se valer de uma comissão externa e independente para orientar as investigações.

f) Aplicação adequada e proporcional de medidas disciplinares e ações corretivas

Ainda segundo Michel Foucault, um outro instrumento a ser utilizado para alcançar o “bom adestramento” é a chamada “sanção normalizadora”, pela qual se estabelece um sistema de punição para aqueles que, mesmo vigiados, praticam desvios de conduta. O objetivo da técnica seria duplo: não apenas moldar aqueles que são sancionados a determinado padrão de comportamento, mas também os demais no sentido de fazer com que todos observem e sigam o mesmo modelo.⁵⁴⁶

⁵⁴⁴ DANO MORAL. JUSTA CAUSA. PROVAS ILÍCITAS. OFENSA AO ARTIGO 5º, LVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. A discussão posta nos autos encerra grande relevância e complexidade jurídica: diz respeito à licitude da prova produzida pela empresa, à luz do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988, vinculada à gravação de imagens do Autor, realizada de forma reservada e unilateral, durante o horário de trabalho, em local público, no qual, inclusive, havia presença de terceiros. O preceito constitucional invocado encerra garantia de índole fundamental e objetiva assegurar um processo justo, despojado de armadilhas e estratégias que poderiam comprometer a própria dignidade do processo enquanto instrumento estatal de composição de disputas, envolvendo o Estado em ações censuráveis sob o prisma ético. No caso concreto, o Tribunal Regional manifestou-se no sentido de que a prova – gravação de imagens em que o trabalhador promove desvio de mercadorias da empresa – foi produzida no horário de trabalho, em local público, na presença de terceiros, sem que fosse utilizado qualquer artifício para indução ao censurável comportamento que corresponde a ato de improbidade. A conduta empresarial questionada, longe de afrontar quaisquer dos direitos iminentes à personalidade (art. 5º, X, da CF), traduziu exercício regular do direito de aferir a forma como executados os serviços confiados ao prestador, que, lamentavelmente, incorreu em tipo penal, com reflexos trabalhistas, como decidiu a Corte Regional. Precedentes do STF e desta Corte. Recurso de revista não conhecido (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, RR n.º 735-14.2010.5.03.0086, Relator Min. DOUGLAS ALENCAR RODRIGUES, Data de Julgamento: 15/06/2016, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: DEJT 17/06/2016).

⁵⁴⁵ Art. 20.º do Código do Trabalho. Meios de vigilância a distância 1 – O empregador não pode utilizar meios de vigilância a distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador. 2 – A utilização de equipamento referido no número anterior é lícita sempre que tenha por finalidade a proteção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade o justifiquem. 3 – Nos casos previstos no número anterior, o empregador informa o trabalhador sobre a existência e finalidade dos meios de vigilância utilizados, devendo nomeadamente afixar nos locais sujeitos os seguintes dizeres, consoante os casos: «Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão» ou «Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão, procedendo-se à gravação de imagem e som», seguido de símbolo identificativo. 4 – Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto no n.º 1 e constitui contra-ordenação leve a violação do disposto no n.º 3.

⁵⁴⁶ FOUCAULT, *op. cit.*, pp. 171-177.

Assim, diante de ilicitude ou mera irregularidade devidamente comprovada, é fundamental sejam sugeridas pelo setor de compliance as providências cabíveis, incluindo-se as disciplinares previstas na Consolidação das Leis do Trabalho e no próprio contrato de trabalho.

Essa indicação sugestiva deve ser reportada à alta administração da empresa, pois é esta que tem a responsabilidade de adotar as medidas adequadas que o caso concreto exige, inclusive com a ampla publicidade, a fim de que seja demonstrada a seriedade do programa e o caso sirva de exemplo para os demais funcionários.

Em casos extremos de identificação da prática de crimes ou de outros ilícitos previstos na legislação em vigor, é dever que seja realizada a comunicação formal às autoridades competentes para a adoção das providências cabíveis (*self-reporting*), inclusive para que a empresa possa gozar dos benefícios previstos em lei já enumerados.

g) *Gerenciamento de riscos*

O crescente grau de complexidade das operações, das decisões e do ambiente negocial, assim como a exposição cada vez maior que qualquer ato de corrupção assume na sociedade contemporânea, faz com que a gestão de riscos seja um assunto de extrema relevância nas organizações, já que estes são capazes de provocar danos profundos à imagem e à reputação de uma empresa, com perdas intangíveis em seu respectivo valor.

O Sumário Executivo do *COSO – Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* – define risco como sendo “[...] a possibilidade de que um evento ocorra e afete adversamente a realização dos objetivos”. O mesmo Sumário Executivo ainda registra que “[a] avaliação de riscos envolve um processo dinâmico e iterativo para identificar e avaliar os riscos à realização dos objetivos. Esses riscos de não atingir os objetivos em toda a entidade são considerados em relação às tolerâncias aos riscos estabelecidos. Dessa forma, a avaliação de riscos estabelece a base para determinar a maneira como os riscos serão gerenciados”.⁵⁴⁷

A efetividade do controle interno depende da identificação e da avaliação contínua dos riscos de origem interna e externa. Assim, em cada movimentação operacional realizada pela

⁵⁴⁷ COSO, *op. cit.*

organização, deve ser considerada a probabilidade de ocorrência de ilícitos de qualquer natureza, bem como os impactos financeiros que eles podem causar nos objetivos dos negócios ou nos serviços prestados pela empresa.

Para tanto, é muito importante que seja realizado, como já mencionado, um estudo e um desenho de toda a organização, aí incluídos o seu ramo de atuação, seus riscos inerentes e residuais⁵⁴⁸, a legislação aplicável, o ambiente interno, os parceiros comerciais, o nível de relacionamento com a Administração Pública, dentre outros, para só depois ser montado e estruturado o programa de compliance. Entretanto, como a gestão de riscos deve ser uma atividade permanente, as empresas atualmente são incentivadas a estabelecer uma atuação coordenada de um sistema de gestão de riscos desdobrado em três linhas de defesa, tal como ocorre no âmbito da Administração Pública.⁵⁴⁹

A primeira linha de defesa é da própria gestão operacional, que, para o funcionamento regular da empresa, precisa analisar e gerenciar os riscos que são inerentes à atividade empresarial. A assunção consciente dos riscos adequados e o monitoramento de suas consequências é uma ação intrínseca a essa primeira linha de defesa, razão pela qual é fundamental a existência de bons controles operacionais e de linha de reporte adequados.

A segunda linha de defesa é composta por funções que acompanham a implantação de ações de controle de risco e os seus resultados. Além disso, por meio de relatórios e informações precisas e oportunas, essas funções podem também apontar riscos que porventura tenham ultrapassado os controles iniciais. Finalmente, faz parte das atribuições da segunda linha de defesa participar da implantação de controle na primeira linha.

Já a terceira linha de defesa é aquela que é responsável pela realização de auditorias internas, cujo resultado é reportado diretamente à alta gestão da empresa e ao conselho de administração. É nessa linha de defesa que as auditorias internas, ou até mesmo externas, se necessário for, devem realizadas para testar os mecanismos de controle interno anticorrupção, não apenas para garantir que estão eles funcionando de forma efetiva, mas também para dar transparência aos resultados da empresa para fortalecer a confiança dos *stakeholders*. Isso a coloca esta linha de defesa em posição privilegiada em termos de alcance organizacional, pois, para a efetividade

⁵⁴⁸ Riscos inerentes são aqueles a que a empresa está naturalmente sujeita, sem considerar a ação dos controles; já os riscos residuais são aqueles considerados remanescentes após o efeito do controle aplicado sobre cada uma das atividades da empresa.

⁵⁴⁹ Vide Capítulo II, Item 3.1.2.

de sua atuação, deve ela ser dotada de elevado nível de independência, o que fortalece sua objetividade na avaliação dos riscos.



Quanto maior for a eficiência das linhas de defesa, menor será a exposição da empresa aos cenários de crise.

h) “Due diligence” de terceiros

Uma das principais consequências da responsabilidade objetiva estabelecida na Lei Federal brasileira n.º 12.846/2013 envolve o relacionamento com terceiros, quais sejam, empresas que prestam serviços, advogados, despachantes aduaneiros, contadores, representantes comerciais, etc. Isso significa, em outras palavras, que, se um preposto da empresa contratada se envolver com corrupção, a empresa contratante será responsabilizada.

Exatamente por isso é que as grandes empresas estão se preocupando também em trabalhar a cadeia de valor: se antes os terceiros eram utilizados para a prática de atos ilícitos a fim de mascarar responsabilidades, atualmente, por força da legislação vigente, os terceiros precisam passar uma tranquilidade mínima em relação às atividades que desempenham. Vem daí as siglas na língua inglesa para parceiros “KYP” (*Know Your Partners*) e fornecedores “KYS” (*Know Your Suppliers*).⁵⁵⁰

⁵⁵⁰ O mesmo conceito de *Know Your Client* começa a ser aplicado à cadeia de suprimentos da empresa: *Know Your Supplier*. Há tempos que as empresas já realizam avaliações periódicas de seus fornecedores para aferir questões como qualidade, capacidade produtiva, atendimento e logística. Mas a área de compliance precisa olhar com um pouco mais de atenção para essa questão, buscando entender em que riscos não operacionais um determinado fornecedor da empresa pode incorrer, que passam por questões relacionadas à correta apuração dos tributos, relacionamento com governos, uso de mão de obra terceirizada e riscos de lavagem de dinheiro (GONSALES, *op. cit.*, pp. 94-95).

Antes de estabelecer relações de negócio, cabe à diretoria de compliance a responsabilidade pela avaliação do perfil de risco dos pretensos parceiros estratégicos, assim como sua participação e reputação nos mercados onde atuam. Assim, para evitar a responsabilização da empresa por atos ilícitos eventualmente praticados por terceiros, é importante pesquisar o passado dos parceiros, verificar se esses terceiros possuem um programa de compliance efetivo implementado, realizar auditorias de compliance e até oferecer treinamentos a seus funcionários. Muitas empresas, aliás, passaram a se preocupar com a implementação de um programa de compliance apenas porque seus parceiros o exigem como condição para continuar contratando seus serviços.

Das constatações realizadas durante a *due diligence*, três soluções podem ser sugeridas: a) a formalização do contrato, por inexistência de riscos para o contratante; b) a formalização de contrato com inclusão de procedimentos de controle, em razão de riscos de baixa intensidade; c) a rejeição da contratação, por força de riscos de alta intensidade.

É recomendável, também, a adoção de estratégias de *collective action* pela exigência e inserção das denominadas “cláusulas anticorrupção” na formalização dos contratos vindouros a fim de prevenir responsabilidades. Além disso, o trabalho não deve ser encerrado com a assinatura do contrato, pois pode ser que o terceiro passe a praticar ilícitos durante a sua execução, o que impõe um acompanhamento constante da atividade desempenhada pelo contratado.

i) *Monitoramento e avaliação permanentes quanto à efetividade do programa*

Aqui são necessários procedimentos afetos à revisão periódica dos processos e procedimentos, o acompanhamento de planos de ação para a correção de desvios, a participação em reuniões dos funcionários das áreas de governança e a revisão dos resultados das análises de riscos.

Deve-se, para tanto, estabelecer o plano anual de testes, inclusive com indicação da metodologia a ser utilizada, a verificação da aderência dos procedimentos às políticas, a análise quanto à existência das aprovações necessárias, entrevistas e confirmação das informações prestadas e a validação de testes realizados em outras áreas.

j) *Processo de aprimoramento contínuo do programa*

Pelo monitoramento constante que é realizado naturalmente acabam sendo detectadas falhas e lacunas no programa do compliance. A partir daí, deve ser investigada a origem do problema constatado, o que pode ser feito interna ou externamente. É recomendável que os casos mais complexos, de alto risco ou grande exposição na mídia, sejam conduzidos por um escritório de advocacia especializado e terceirizado.

Uma vez finalizada a análise da ocorrência e adotadas as providências disciplinares cabíveis, faz-se necessária a revisão dos controles internos e, eventualmente, a implementação de novos procedimentos mais rígidos para assegurar que aquela falha não se repita.

Da mesma forma, uma vez detectada uma nova lei em vigor, o jurídico deve analisar sua incidência na organização e o setor de compliance, por sua vez, deve verificar se os controles existentes já são suficientes para o garantir o cumprimento da nova legislação ou se haverá a necessidade de adaptações ou de criação de novos sistemas de controle.

3.2.3 O papel do conselho de administração no ambiente de compliance organizacional

Os conselhos de administração possuem um papel-chave dentro das empresas, pois suas decisões guardam vinculação direta com a perenidade da organização. Eles também são vinculados às atividades de compliance, possuindo, no entanto, a prerrogativa de atuarem de forma independente e com foco nos objetivos e na estratégia da organização a longo prazo. Por isso, é fundamental que a mentalidade dos componentes do conselho esteja afinada com a mudança de visão do papel das empresas na sociedade, ou seja, com a percepção das múltiplas dimensões das entregas que cabem à organização, seja no plano ambiental, social, financeiro ou, principalmente, ético. De acordo com o Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa do IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa –,

O conselho de administração é o órgão colegiado encarregado do processo de decisão de uma organização em relação ao seu direcionamento estratégico. Ele exerce o papel de guardião dos princípios, valores, objeto social e sistema de governança da organização, sendo seu principal componente. Além de decidir os rumos estratégicos do negócio, compete ao conselho de administração, conforme o melhor interesse da organização, monitorar a diretoria, atuando como ele entre esta e os sócios.⁵⁵¹

⁵⁵¹ IBGC, *Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa do IBGC*, 5ª ed., 2ª reimp., São Paulo, 2016, p. 39 [disponível em <http://www.ibgc.org.br/userfiles/2014/files/CMPGPT.pdf>, acesso em 22 de julho de 2016].

O conselho de administração, assim, é o responsável não apenas pela estratégia da empresa, mas também pela cultura e pela manutenção da integridade da organização. Deve, para tanto, estabelecer formas de monitorar, permanentemente, o alinhamento das decisões e ações empresariais (e seus resultados e impactos diretos e indiretos) aos princípios e valores da empresa, inclusive propondo, em caso de desvios, as medidas corretivas e, em última instância, punitivas, previstas no código de conduta.

Por outro lado, como o conselho de administração é peça fundamental no sistema de controle de riscos da empresa, ele não deve se envolver diretamente em suas operações, ou seja, em sua atividade finalística, devendo as questões a esta relacionadas chegarem aos conselheiros por intermédio dos órgãos competentes, a fim de permitir manifestação sobre as mesmas.

A atividade do conselho de administração, assim, tem pertinência direta com o programa de compliance da empresa, não apenas porque se encontra singularmente bem posicionado para exigir e acompanhar a implantação de uma boa gestão de riscos na empresa, mas também porque deve monitorar e zelar pelo bom funcionamento de todos os elementos integrantes do programa.

Para tanto, o conselho de administração deve possuir um canal de comunicação estreito tanto com a alta gestão da empresa como com os responsáveis pela auditoria interna, principalmente para que possa receber e reportar as informações de modo preciso e em tempo oportuno.

3.3 PROGRAMA DE INTEGRIDADE

3.3.1 Eficiência, eficácia e efetividade do controle das atividades das pessoas jurídicas

A legislação brasileira não utiliza a consagrada expressão da língua inglesa “compliance”, certamente por força de vedação constitucional (art. 13, *caput*). Por outro lado, deixa expresso que, na aplicação das sanções da Lei n.º 12.846/2013, será levada em consideração a “existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética⁵⁵² e de conduta no âmbito da pessoa

⁵⁵² “De vez em quando surge no mundo empresarial algo que é estranho à filosofia: trata-se do ‘código de ética’. [...] Embora o mercado já tenha consagrado essa expressão, do ponto de vista teórico ela não faz sentido. É possível ter um ‘código de conduta’, é possível um ‘código moral’ – que é aquele que estabelece sim ou não, pode ou não pode –, mas nunca um ‘código de ética’. Assimilamos hoje a ideia desse tipo de código, mas o correto seria ‘princípios éticos’, ‘princípios de conduta’, porque a ética tem, exatamente, a característica de não estar marcada pela natureza. Sua identidade é não estar atrelada a um modo único e exclusivo de condução” (CORTELLA/ BARROS FILHO, *op. cit.*, p. 42).

jurídica” (inciso VIII do art. 7º). A implementação ou a melhoria de mecanismos internos de integridade também aparecem como cláusula compromissória de todo e qualquer acordo de leniência da Lei Anticorrupção Empresarial (art. 16, inciso IV, e seu § 1º, inciso IV, da Lei n.º 12.846/2013).

Isso tem levado a maioria dos autores a tratar “programa de integridade” como sinônimo de “programa de compliance”. O que se pretende, neste tópico, é demonstrar que, em verdade, os programas de integridade, além de envolverem todos os elementos de um programa de compliance, agregam outros exatamente para que possa ser alcançada a desejada efetividade exigida pelo texto legal.

A palavra efetividade advém do latim “*efficere*”, que significa produzir, realizar, estar ativo de fato. Difere, pois, da simples eficiência, que se preocupa única e exclusivamente com o cumprimento formal de requisitos e exigências afetos a determinado procedimento no menor tempo e utilizando o mínimo de recursos possíveis. Uma empresa que faz tudo o que a lei autoriza, mas nunca vai além do prisma legal, pode até ser considerada uma empresa eficiente, mas nem sempre poderá ser tratada como efetiva.⁵⁵³ A efetividade também não se confunde com a eficácia, a qual tem em vista a exploração máxima das potencialidades de determinada ferramenta e a superação dos limites previamente estabelecidos para uma função, levando-se em consideração, inclusive, a própria criatividade humana. O foco da eficácia está sempre nos melhores resultados que podem ser alcançados, independente do esforço e do tempo que precisará ser gasto, o qual, normalmente, é controlado e devidamente organizado.

Pode-se dizer, assim, que a aplicação efetiva de códigos de conduta no âmbito de uma pessoa jurídica, tal como exigido pela lei, deve congrega, concomitantemente, a eficiência e a eficácia. O que a legislação pretende é que a pessoa jurídica oriente suas ações no sentido de desenvolver, no menor tempo possível e com aplicação qualitativa de recursos, um programa que contemple todos os elementos técnicos necessários (eficiência) e de alcançar os melhores resultados

⁵⁵³ Há uma certa confusão entre “efetividade” e “eficiência”, a qual, em razão da disposição expressa do inciso VIII do art. 7º da Lei n.º 12.846/2013, não pode permanecer. O Guia de Orientações sobre Estruturação e Benefícios da Adoção dos Programas de Compliance Concorrencial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por exemplo, em seu Item 3.1.1, usa a expressão “eficiente” quando, na verdade, deveria empregar o termo “efetiva”: “[...] se o programa funcionar de maneira *eficiente*, simplesmente nenhum efeito será percebido, afinal o que se procura é que o ambiente concorrencialmente probado seja promovido e preservado e, assim, as operações normais da companhia sigam seu curso. Por outro lado, a grande vantagem se apresenta caso infrações de fato ocorram: o programa permite a sua rápida identificação e a tomada de providências pela empresa” – sem grifo no original (CADE, *Guia Programas de Compliance: Orientações sobre Estruturação e Benefícios da Adoção dos Programas de Compliance Concorrencial* (versão preliminar) Ministério da Justiça, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Brasília, s. d. [disponível em <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-apresenta-proposta-de-guia-sobre-programas-de-compliance-concorrencial/guia-compliance-versao-preliminar.pdf>, acesso em 12 de agosto de 2016]).

possíveis, minimizando os riscos (eficácia). A intenção expressa do legislador, assim, é de que a pessoa jurídica aja com efetividade no seu controle interno.

Muitas organizações implementam seus programas de compliance observando formalmente todos os requisitos básicos e as boas práticas de governança, mas, mesmo assim, não conseguem evitar a ocorrência de atos ilícitos. Isso acontece porque, muitas vezes, o que está registrado no papel não é praticado na realidade, o que significa que a integridade não está enraizada na missão nem nos valores da empresa. Também pode ocorrer um programa alicerçado em regramentos muito rígidos fomentar a ineficiência, gerando obstáculos burocráticos que impedem as empresas de alcançarem seus próprios objetivos de negócios, com enormes perdas financeiras.

Algumas questões, assim, precisam ser resolvidas: como é possível cumprir a lei, agilizar os negócios e gerar lucro ao mesmo tempo? Possui a empresa alguma função correlacionada ao aprimoramento do ambiente social e econômico ou essa é uma exclusiva incumbência governamental?

3.3.2 A cultura de integridade das pessoas jurídicas

A legislação brasileira, além de apontar para a necessidade de efetividade na aplicação dos códigos de conduta, sugere também às pessoas jurídicas a implementação de “mecanismos e procedimentos internos de integridade”. Por isso, para ser sustentável ao longo dos anos, uma companhia deve estar atenta de modo perene a todos os mandamentos da integridade, não podendo tratar dessa questão casuisticamente. Peter Drucker, aliás, há alguns anos já sentenciou:

A Ética Empresarial, sem dúvida, é um estreito paralelo à casuística. Sua origem é política, como foi a da casuística. [...] Mas se a Ética Empresarial for casuística, ela não durará muito – e muito antes de morrer terá se tornado uma ferramenta do executivo de uma empresa para justificar aquilo que, para outras pessoas, seria um comportamento antiético, e não uma ferramenta para restringir os atos o executivo da empresa e impor limites éticos rigorosos no mundo dos negócios.⁵⁵⁴

É a integridade, por isso, que deve funcionar como base da cultura organizacional⁵⁵⁵ das pessoas jurídicas. A conceituação dessa virtude já foi bastante debatida no primeiro capítulo,

⁵⁵⁴ DRUCKER, *op. cit.*, pp. 18-36.

⁵⁵⁵ “Cultura organizacional é um conjunto complexo de valores, de crenças, de símbolos, de práticas que definem a maneira como uma empresa realiza suas atividades. É uma maneira específica da empresa responder aos seus problemas. [...] A cultura, quer ela seja vista como um sistema

principalmente para considerar que tal qualidade deve representar a exata correspondência entre os valores morais defendidos abstratamente por determinada pessoa e sua respectiva conduta, ou seja, trata-se de um valor que envolve uma consistência interna e externa de virtudes que impede a prática de atos incoerentes ou conflitantes com a postura pessoal. Adaptando-se essa definição para o plano empresarial, temos que

[...] a integridade requer não apenas o cumprimento de normas e leis, não é sinônimo perfeito de honestidade, mas significa também a atuação concreta da organização segundo a sua visão e missão. Uma organização íntegra é aquela que consegue manter, em cada uma das suas decisões, atividades ou ações, uma coerência com a sua identidade, nunca perdendo de vista os valores que a inspiram e os objetivos que ela deve perseguir, transformando-os em ação concreta.⁵⁵⁶

Muitas empresas implementam seus programas de compliance apenas e tão somente para atender os requisitos legais e, se for o caso, escapar de uma sanção mais rigorosa caso algum ilícito seja descoberto. Não estão, a princípio, verdadeiramente preocupadas em cultivar um ambiente negocial limpo ou impedir que seus funcionários pratiquem atos ilícitos. Ao contrário: muitas vezes esses programas são implementados apenas formalmente ou até para escamotear ilicitudes que constituem práticas antigas e viscerais daquela empresa.

É exatamente nesse ponto que um programa de integridade se diferencia de um programa de compliance: enquanto o primeiro está fundamentalmente preocupado em fazer com que a organização opere com correção, o segundo está apenas preocupado em protegê-la das sanções. Pode-se afirmar, assim, que os objetivos de um programa de integridade são muito mais amplos do que simplesmente coibir práticas lesivas à empresa ou à Administração Pública, devendo estar vinculados à perpetuação da ética como essência e não como forma. Aliás, o § 2º do art. 5º da Portaria n.º 909, de 7 de abril de 2015, do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle (ex-Controladoria-Geral de União), que trata da avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas, deixa expresso que “[o] programa de integridade meramente formal e que se mostre absolutamente ineficaz para mitigar o risco de ocorrência de atos lesivos da Lei n.º 12.846, de 2013, não será considerado para fins de aplicação do percentual de redução de que trata o *caput*”.

Fica claro, assim, que a intenção do legislador foi a de pressionar as corporações a implementarem programas de integridade não para simplesmente diminuir o risco de aplicação

de controle informal na organização ou como um instrumento de dominação, é suscetível de dar uma direção aos comportamentos do dia-a-dia” (MERCIER, *op. cit.*, p. 26).

⁵⁵⁶ COIMBRA/MANZI, *Manual de Compliance*, São Paulo, Atlas, 2010, p. 9.

de sanções, mas, como diz o texto da Portaria, para mitigar o risco de ocorrência de atos lesivos no âmbito empresarial, o que é completamente diferente.

De acordo com o Ministério da Fiscalização, Transparência e Controle, uma empresa íntegra é aquela que

[...] incentiva e promove boas práticas corporativas internamente e externaliza estas práticas a seus parceiros – clientes, fornecedores, etc. – disseminando seus valores e formando uma rede que adota uma conduta responsável e atua para construção de uma sociedade comprometida com valores éticos. Uma empresa íntegra deve comprometer-se a divulgar sua legislação anticorrupção para seus funcionários e colaboradores, a fim de que sejam cumpridas integralmente. Além disso, deve vedar qualquer forma de suborno, trabalhar pela legalidade e transparência de informações, notadamente aquelas que envolvem contribuições para campanhas políticas. Sob este aspecto, a elaboração de um código de conduta que estabeleça os valores éticos a serem seguidos e as normas em relação ao comportamento de seus agentes é o marco inicial para a empresa esclarecer o que espera dos que com ela se relacionam. Além da elaboração de um código de conduta, a empresa deve pautar seus processos de seleção de pessoal em princípios éticos, estabelecer mecanismos de divulgação e cumprimento do código de conduta, criar um comitê de ética com responsabilidade educativa e de monitoramento, além de instituir sistemas de controle interno e auditoria com autoridade suficiente para reduzir a vulnerabilidade da organização aos riscos existentes, buscando identificar e corrigir eventuais desvios em relação a políticas da empresa, parâmetros e diretrizes.⁵⁵⁷

Assim, para que a integridade se consolide no ambiente de trabalho, ou seja, estabeleça raízes na *cultura organizacional*⁵⁵⁸, é pressuposta a incorporação pelos líderes de todos os níveis de normas de conduta e, principalmente, dos valores ético-profissionais, devendo eles se preocuparem e se empenharem na defesa dos mesmos.

Por isso, quando pessoas jurídicas implementam seus programas de compliance com o fito único e exclusivo de garantir, se for o caso, um abrandamento na aplicação das sanções, dificilmente os objetivos concretos esperados pela legislação em vigor serão alcançados e, via de consequência, os benefícios legais a elas não serão concedidos. Isso porque faltará a identidade ou a vinculação entre o espírito dos gestores daquela organização e os nobres objetivos de um programa dessa natureza, além do que não haverá nenhum comprometimento dos demais funcionários envolvidos.

⁵⁵⁷ BRASIL, Ministério da Transparência e da Controladoria-Geral da União, “Integridade no Sector Privado: O que significa ser uma empresa íntegra?” [disponível em <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/setor-privado/o-que-significa-ser-uma-empresa-integra>, acesso em 16 de agosto de 2016].

⁵⁵⁸ “Toda organização possui uma cultura que lhe é própria, que acaba por conduzir e influenciar as principais decisões, processos e atividades, conformando o seu caráter e a sua identidade. A cultura da organização é um fator que contribui para o sucesso ou fracasso da organização, sobretudo considerando uma perspectiva de longo prazo. A cultura é o elemento mais eficaz de orientação e controle da conduta de indivíduos e organizações. O desafio, aqui, é integrar o componente ético na cultura da organização. Uma organização que tem uma cultura clara e age conforme ela dá previsibilidade às suas ações e, portanto, confiança para os seus colaboradores e demais partes relacionadas” (COIMBRA/MANZI, *op. cit.*, p. 87).

Também não basta o simples desejo dos gestores de ver a pessoa jurídica funcionando com “mecanismos e procedimentos internos de integridade” se o investimento é feito apenas em estruturas, tecnologias e treinamentos maçantes, ficando em segundo plano o aspecto humano. Seres humanos não são máquinas – não é suficiente simplesmente criar regras, programá-las em papel e determinar que sejam elas executadas pelos funcionários. Os valores decorrentes atrelados à integridade, como já examinado, não são simples nem exatos, mas sim complexos e subjetivos. Além disso, programas anticorrupção baseados única e exclusivamente na forte regulação podem estabelecer um clima de desconfiança geral entre os funcionários, minando a cultura de integridade dentro da empresa.

É verdade que tem sido grande a preocupação em torno da observância e do cumprimento de regras, da estruturação de um programa de compliance e de seus procedimentos necessários, mas ainda há pouco direcionamento para a essência e os valores de cada ser humano. A integridade não pode ser assegurada apenas pela via da regulação, mas sim pela valorização humana, com treinamentos que toquem nos valores dos funcionários da empresa e, via de consequência, produzam efeitos em suas posturas e condutas pessoais e profissionais.⁵⁵⁹ André Franco Montoro, a esse respeito, registra que,

Quanto mais voluntária e espontaneamente empresas e indivíduos adotarem um comportamento ético, menor será a propensão a transgredir. Entendemos ser esta a mais importante forma para as empresas cumprirem sua responsabilidade social. A adoção de padrões éticos de comportamento por parte de empresas e indivíduos, além de contribuir para alcançar um bom ambiente de negócios, reduz as despesas públicas que precisariam ser utilizadas nas atividades de prevenção e punição de desvios de conduta que desequilibram a concorrência das empresas.⁵⁶⁰

O objetivo principal da implementação de um programa dessa natureza, desse modo, deve estar sempre orientado para a fixação dos ideais de integridade no DNA da empresa e dos profissionais que nela atuam, de modo que todos passem a orientar suas condutas profissionais como uma questão de princípio e de orgulho pela empresa na qual atuam. Nenhum programa de compliance será totalmente efetivo se os funcionários não compreenderem exatamente que o *modus operandi* daquela empresa é orientado de acordo com padrões éticos de conduta, pois,

⁵⁵⁹ “A existência de indivíduos com firmes princípios inculcados e que tenham medo da condenação moral e jurídica transforma-se em obstáculos eficazes e meios para se evitar práticas corruptas. [...] Na presente conjuntura combate-se a corrupção com um enfoque muito parcial, mediante instrumentos de controle e de sanção (leis, regulamentos, auditorias fiscais do Estado, sistemas informáticos e de vigilâncias ou processos judiciais) que têm demonstrado serem necessários, mas claramente insuficientes para deter as condutas corruptas por não levarem em conta a esfera interna do indivíduo, sua educação, seus valores, sua percepção e suas convicções” (Relatório Especial “A corrupção, o calcanhar de Aquiles das democracias latino-americanas”, *op. cit.*, p. 19).

⁵⁶⁰ MONTORO, “O Valor Econômico do Comportamento Ético”, in *Cultura das Transgressões no Brasil – Lições da História*, coord. F. H. CARDOSO/M. M. MOREIRA, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 12.

ainda que seja essa a vontade da alta cúpula, é absolutamente impossível fiscalizar as atividades de todos ao mesmo tempo.

Exemplos simples demonstram muito bem a assertiva. Imagine a situação da mãe que, preocupada com o comportamento de seu filho que recentemente atingiu a maioridade e obteve autorização para conduzir veículo automotor, a ele empresta o automóvel de sua propriedade que jamais se envolveu em qualquer acidente. Entretanto, antes de fazê-lo, o avisa das regras da direção defensiva, impõe uma série de exigências e ainda fixa no vidro traseiro do veículo o seguinte aviso: “se meu filho violar as leis de trânsito, favor telefonar para o número indicado abaixo”.

É fácil perceber que, nesse caso, intuitivamente a genitora proprietária do veículo realizou uma série de procedimentos assemelhados àqueles típicos de um programa de compliance: “*tone at the top*”, treinamento, delegação de responsabilidades, canal de denúncias para monitoramento e previsão de medidas disciplinares. Importante ressaltar que a mãe adotou todas essas providências não porque corria o risco de ser multada ou de perder pontos que poderiam até lhe custar a habilitação, mas sim porque era seu desejo ver o filho agindo corretamente.

Todos esses cuidados não seriam suficientes para evitar que o filho violasse as leis de trânsito. Isso porque, não estivesse consciente e comprometido com as responsabilidades que lhe foram cometidas e com o “agir corretamente”, poderia o mesmo facilmente burlar a fiscalização imprimindo excesso de velocidade ao veículo em uma via distante e pouco movimentada.

Efeito muito diferente produz um vídeo recentemente divulgado por uma campanha norte-americana de combate à embriaguez no volante em que um presidiário, condenado pela morte de um policial pai de quatro filhos, em tempo real e de dentro da prisão, conta sua história e aconselha pessoas que estão em um bar ingerindo bebidas alcoólicas a não dirigirem no retorno para suas residências.⁵⁶¹

O efeito é imediato: todos aqueles que estão no bar e tinham a intenção de ingerir bebida alcoólica e voltar para casa na condução de seus veículos abandonam a ideia e se engajam na causa.

⁵⁶¹ WE SAVE LIVES – Highway Safety Advocates, “Campanha surpreendente, presidiário no banheiro do bar!” [legendado por BestOfWeb.com.br, 20 de maio de 2016] [ficheiro de vídeo] [disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=vBzxEtBaMi4>, acesso em 26 de maio de 2016].

Essa é a principal diferença entre um programa de compliance e um programa de integridade: enquanto o primeiro dá mais importância à regulação, o segundo concentra sua máxima atenção nas pessoas. Assim como a lei se torna frágil quando as pessoas não reconhecem o seu papel de cidadãos, também as regras de compliance se fragilizam quando os funcionários não se entendem como cidadãos corporativos. Em verdade, é preciso reconhecer que nenhum programa será completamente efetivo se estiver baseado apenas em controles instrumentais e regras a serem seguidas. São as pessoas que precisam estar conscientes de sua importância e engajadas em seus propósitos, uma vez que, todos os dias, serão elas as responsáveis por escolher entre uma boa ou uma má prática, entre o caminho da correção ou os riscos dos atalhos.

É claro que, pelas próprias características da natureza humana, é muito mais difícil tocar no sentimento de identificação dos empregados com a empresa do que simplesmente inserir requisitos de um programa de compliance tradicional – essa estratégia leva muito mais tempo para ser implementada e exige muita tolerância e paciência para modificar as formas de pensar.

Por isso, o ex-presidente e CEO da Porsche, Peter Schutz, costumava sugerir: “contrate caráter, treine habilidades” – se os bons valores de uma pessoa já forem identificados logo na entrevista de contratação, ela não apenas irá agregar ativos para a organização, como também não precisará sofrer profunda fiscalização em suas atividades, pois o profissional íntegro realiza as atividades corretas por ele mesmo. O investimento, em tais casos, fica condicionado à capacitação, sendo o treinamento, inclusive, facilitado pelo desejo dos profissionais desse tipo de oferecer o melhor resultado possível à corporação.

Um razoável equilíbrio na seleção e, se for o caso, na demissão dos empregados de uma organização com base na integridade, ou pela falta dessa qualidade, poderá, inclusive, facilitar a eliminação de sistemas de controle muito rígidos. Permitirá a confiança em todos os níveis da organização, a comunicação eficaz, o respeito entre os colegas, o reconhecimento e a meritocracia. Os indivíduos criativos serão estimulados, desafiados, recompensados e valorizados. Uma organização calcada na integridade, aliás, possui a natural capacidade de ser empreendedora pelas características de seus próprios funcionários: visão, foco, perspicácia, orgulho profissional e urgência.

Quanto maior for a absorção dos valores oriundos da cultura de integridade pelos funcionários, menos se fará necessária uma regulamentação muito rigorosa. Um programa deste tipo é

especialmente eficiente porque não exige a necessidade de detalhamento de regras para cada situação que o funcionário vai encontrar, devendo as escolhas corretas⁵⁶² serem realizadas de acordo os princípios da empresa frente às circunstâncias específicas que vão encontrar. Um programa de integridade, como consequência, é muito mais rentável do que um programa de compliance tradicional, uma vez que reduz drasticamente a burocracia administrativa e a necessidade de fiscalização sobre a atividade dos funcionários.

Isso significa também que os riscos de corrupção são mais proativamente evitados não por meio de regras restritivas, mas sim pela opção autoconsciente de integridade. Por isso, uma cultura de integridade deve figurar como ponto central dos programas de gestão de risco de qualquer empresa, não apenas, mas também porque, no ambiente negocial, as ameaças à reputação se fazem presentes em cada negócio.

É claro que, em situações de grave crise gerada por escândalos de corrupção, a implementação e a rígida aplicação de técnicas de compliance devem ser utilizadas como respostas de curto prazo. Entretanto, mesmo nesses casos, essas providências devem ser encaradas como uma preparação do caminho para o desenvolvimento de abordagens mais sustentáveis de promoção da integridade.

3.3.3 Elementos básicos de um programa de integridade

A integridade pode ser desenvolvida dentro de uma corporação a partir de um modelo motivacional diferente, o qual deve partir de contextos institucionais, sociais e culturais. Isso torna possível vincular as questões relacionadas ao papel desempenhado por cada funcionário com a lealdade institucional, enfatizando valores, princípios e virtudes à conduta profissional – por exemplo, a importância de se sentir vinculado por regras profissionais ou padrões de comportamento.

O enraizamento de uma cultura de integridade em uma empresa pode se dar a partir de algumas estratégias. Antes de qualquer outra coisa, os valores organizacionais da pessoa jurídica

⁵⁶² O teste ético de Kenneth Blanchard e Norman V. Peale bem ilustra a estratégia da realização de testes na realização de escolhas. Ele consiste em colocar três questões que devem ser respondidas antes de ser tomada uma decisão ética: 1. É legal? Isto vai contra a lei ou a política da empresa? 2. Esta decisão é equilibrada? É equitativa tanto a curto como a longo prazo? 3. Ficarei orgulhoso com esta decisão? Se para qualquer das perguntas houver uma resposta negativa, a proposta deve ser recusada (BLANCHARD/PEALE, *The Power of Ethical Management*, New York, William Morrow and Company, Inc., 1998).

precisam estar muito bem definidos, não podendo ficar qualquer dúvida de que aquela corporação tem compromisso com a conformidade legal, a integridade e a ética nos negócios.

Para que esse objetivo seja alcançado, a liderança executiva da empresa e seus gerentes sênior devem assumir papel decisivo, pois são eles que representam a corporação tanto diante das autoridades políticas e legais como em face do grande público.⁵⁶³ Em um programa de compliance já é de responsabilidade dos mesmos dar o exemplo, promover uma imagem honrada da organização e encorajar os funcionários e os parceiros de negócios a se comportarem de forma legal e ética. Aqui, entretanto, a cúpula da empresa deve ir um pouco além para projetar a igualdade no trato com os funcionários a um patamar mais elevado. Precisa gastar um tempo maior conversando com as pessoas, para que o cenário em que os funcionários estão vivendo possa ser melhor compreendido e possam ser garimpados exemplos concretos a serem utilizados no aperfeiçoamento dos procedimentos da empresa.

O chefe é apenas aquele que dá ordens, enquanto o líder dá exemplos diariamente por meio de atitudes, executa o trabalho ao lado dos componentes de sua equipe e, sobretudo, em razão de sua lealdade – elemento típico das pessoas íntegras – transmite segurança durante as situações de crise:

O líder que se afasta de sua equipe ao primeiro sinal de perigo talvez salve alguns pontos em sua popularidade, mas essa é uma atitude míope. No final das contas, ninguém quer trabalhar para quem age dessa maneira. Os indivíduos com maior potencial não se interessam pela função, pois sabem que, se surgir algum problema, ficará ao deus-dará. E os que já se encontram a bordo, não têm coragem de agir com ousadia – ficarão pisando em ovos para não se depararem com o pouco caso de um chefe que se importa mais com a opinião de observadores externos do que com sua própria equipe. [...] Apoiar os membros da equipe que de alguma forma são atacados atende a dois objetivos. Primeiro, aumenta a confiança do próprio pessoal e dos possíveis candidatos a trabalhar na organização. Todos ficam sabendo que não serão abandonados ou traídos pelo líder ao primeiro sinal de perigo. Segundo, ao deixar claro para os adversários que defenderá os liderados injustamente atacados, o líder diminui os incentivos a investidas levianas.⁵⁶⁴

Quando o líder se sacrifica em nome dos propósitos desenhados para a empresa, os funcionários são capazes de fazer coisas extraordinárias para protegê-los e, por consequência, para salvaguardar o negócio. O líder que estabelece um bom relacionamento no plano pessoal com os integrantes de sua equipe, por valores e convicções próprias, desperta o respeito, a confiança,

⁵⁶³ “Assim, o comportamento da alta administração deve nortear e direcionar a criação de um ambiente definido por uma cultura organizacional baseada em valores éticos e morais, bem como cuidados administrativos para que as ações executivas sejam realizadas à luz dos princípios e das melhores práticas de governança (WANICK, “Boas práticas do setor privado na promoção de um mercado mais íntegro e ético”, in *Lei Anticorrupção e temas de compliance*, org. J. M. SOUZA, et al., 2ª ed., Salvador: JusPodivm, 2017, p. 552).

⁵⁶⁴ GIULIANI, *op. cit.*, pp. 219; 221.

a proximidade, o comprometimento e o afeto nas pessoas, pois elas percebem que o envolvimento de todos as levará a uma posição melhor.

A solução dada pela alta cúpula da organização aos problemas mais graves em momentos de crise também devem ser publicizadas, exatamente para que todos absorvam as mensagens de liderança relacionadas com a ética e integridade. É preciso sempre estar demonstrando que o discurso está absolutamente afinado àquilo que acontece na prática.

Ao mesmo tempo, a empresa deve constantemente se acautelar acerca da mensagem que seu sistema interno de desempenho (cotas, bônus, etc.) está transmitindo aos funcionários, assegurando-se que a integridade esteja sempre acima dos resultados. A decisão correta pode até ser clara, mas a competição e as pressões institucionais podem levar até mesmo os gestores bem-intencionados a se comportarem de maneira antiética diante do conflito que muitas vezes se estabelece entre os interesses econômicos característicos das negociações e a integridade empresarial.

Pesquisas já demonstraram que a pressão para alcançar determinadas metas é diretamente proporcional à ocorrência de violações dos padrões de integridade, seja qual for o setor empresarial⁵⁶⁵. Nessa perspectiva, qualquer análise dos riscos de ocorrência de uma ilicitude futura sempre terá que passar pela avaliação da pressão profissional sofrida pelos funcionários que pode comprometer a integridade empresarial.

Por isso, é fundamental que aqueles que ocupam as posições de supervisão enfatizem a responsabilidade de agir de acordo com o modelo de integridade, dando-lhes as habilidades para identificar e minimizar as fontes de pressão e treinando-os continuamente para defender o compromisso da organização com a integridade do local de trabalho. É fácil perceber que, implementadas essas medidas, os funcionários de toda a organização ficaram muito mais confortáveis para agir sempre de acordo com a lei, a conformidade e a ética.

O ambiente de integridade empresarial também fará que todos se tornem verdadeiros defensores da pessoa jurídica, inclusive naturalmente fiscalizando os colegas que eventualmente cometam

⁵⁶⁵ No Brasil, 43% dos trabalhadores do setor privado entrevistados disseram que trabalham em um ambiente onde a pressão para comprometer os padrões é alta, e 40% informaram que já testemunharam a ocorrência de ilicitudes; a mesma pesquisa demonstrou que, no Reino Unido, apenas 18% informaram que sofrem pressão profissional e 25% disseram que já presenciaram a ocorrência de irregularidades no local de trabalho. Dados extraídos da “Global Business Ethics Survey”, publicada em 2016 pelo “Ethics Research Center (ERC)”, o braço de pesquisa da Ethics & Compliance Initiative (ECI) (ERC – Ethics Research Center, “Global Business Ethics Survey”, Ethics & Compliance Initiative (ECI), 2016 [disponível em <https://www.ethics.org/eci/research/eci-research/gbes/gbes-form>, acesso em 16 de julho de 2016]).

algum desvio e comunicando os fatos pelo canal de denúncias. O aumento expressivo do número de relatórios, aliás, é um claro sintoma de que os funcionários estão percebendo que fazem parte de uma empresa que possui uma cultura favorável à integridade – quanto melhor for o programa, maior será o número de relatórios: todos os funcionários passam a ser fiscais e, por isso, o número de relatórios aumenta. Ao mesmo tempo, também se observará um número muito menor de violações de conduta.

Nesse ponto, duas observações são importantes. Antes de mais nada, a preservação e a valorização do funcionário que relata práticas irregulares é fundamental para o êxito da estratégia:

Quanto mais houver condições econômicas, intelectuais e emocionais, dentro de uma empresa, para que todos possam expressar o que gostariam que acontecesse ali dentro, menor a chance de comportamentos corruptos, e isso pode ser estendido para toda a sociedade.⁵⁶⁶

Isso porque, naturalmente, os funcionários evitam relatar pelo temor de retaliações internas, o que pode ser ocorrer por assédio moral, despromoções, atribuições indesejáveis ou até mesmo violência. Eventual retaliação recebida por um funcionário que se comportou adequadamente, relatando uma irregularidade em nome dos valores organização, além corroer a confiança no sistema, também inibirá outros funcionários de denunciarem as más condutas, o que pode acabar fazendo com que o mau comportamento se espalhe pela empresa. Não basta, por isso, investir nos canais de comunicação e incentivar o seu uso: deve haver, concomitantemente, a implementação de estratégias capazes de proteger os funcionários que relatam contra possíveis retaliações, o que deve ocorrer especialmente nas primeiras semanas após a conclusão de uma investigação iniciada a partir do encaminhamento de uma comunicação.

Além disso, é fundamental que seja dado retorno ao responsável pelo relatório e, se for o caso, até mesmo aos demais funcionários quanto às providências adotadas em relação a uma irregularidade. Isso porque a ausência de respostas por parte dos dirigentes contra os comportamentos contrários à integridade pode ser interpretada como uma aprovação das práticas duvidosas das organizações. As questões internas, assim, devem ser julgadas de forma equitativa e transparente em todos os níveis da organização, sem qualquer tipo de preferência ou protecionismo. Isso é fundamental não apenas para manutenção da credibilidade do canal de

⁵⁶⁶ CORTELLA/BARROS FILHO, *op. cit.*, p. 72.

denúncias, mas também para demonstrar efetivamente que nenhum tipo de desvio ético será tolerado.

A pessoa jurídica, assim, deve organizar-se primariamente com base no caráter de seus funcionários para, em seguida, verificar a competência e as habilidades. Já no processo de seleção, esses critérios devem ser observados, devendo a organização analisar, antes de qualquer outra coisa, os valores que permeiam a vida daquele que está concorrendo à vaga⁵⁶⁷. Devem ser considerados, assim, os candidatos que são não apenas competentes e possuem um bom currículo, mas principalmente os que têm a química, o caráter e a capacidade moral para absorver o espírito da empresa.

Mesmo após o desligamento ou a aposentadoria, os funcionários devem continuar a ser lembrados e bem tratados, a fim de que fique explícito para aqueles que estão na ativa a inexistência de qualquer falsidade ou hipocrisia na política da empresa. Tudo isso porque funcionários descontentes podem prejudicar seriamente o programa de integridade de uma organização. Eles não apenas podem contaminar os colegas, mas também podem criar sérios embaraços aos propósitos da organização. Por isso, eles precisam ser identificados e aconselhados, com o oferecimento de oportunidades para que se enquadrem nos padrões organizacionais a partir do reforço adicional de treinamentos com foco em ética e compliance.

A meritocracia, desse modo, precisa estar entrelaçada à integridade: as recompensas e as promoções dos funcionários devem considerar a adesão dos mesmos aos valores éticos da empresa, ou seja, a integridade deve se estabelecer como requisito para promoções para todos os níveis e a liderança ética como uma função essencial do trabalho.

Se todos na organização vivem seus valores, promover os próprios funcionários aos cargos mais altos, quando possível, é uma forma de garantir que esses valores permaneçam intactos. Ao mesmo tempo, os maus comportamentos, tal como a obtenção de excelentes resultados por métodos incompatíveis com os valores da empresa, devem resultar em consequências negativas.

Samuel Mercier traz exatamente essa advertência:

⁵⁶⁷ Nos Estados Unidos (sem dúvida um país em que as proteções constitucionais são invocadas mais frequentemente do que em outros lugares), o teste de integridade vem sendo amplamente utilizado no setor privado, não apenas na triagem de candidatos a empregos, mas também no próprio local de trabalho, sem quaisquer impedimentos constitucionais graves. Nesse sentido, a doutrina de Roberto Klitgaard: “Os empregadores podem examinar os antecedentes individuais dos trabalhadores buscando indícios de má conduta anterior. Psicólogos chegaram a criar testes de honestidade; por exemplo, a Escala e Relatório Reid sobre Confiabilidade de Atitudes. Algumas provas indicam que tais testes têm previsto com sucesso a ‘integridade no serviço’. Segundo o *Wall Street Journal*, a venda de testes de honestidade nos Estados Unidos é um sucesso” (KLITGAARD, *A Corrupção sob Controle*, op. cit., p. 90). A prática também é incentivada pela ONU para o setor público, fazendo parte do pacote de aperfeiçoamento da legislação brasileira proposto pelo Ministério Público Federal e denominado “Dez Medidas de Combate à Corrupção”.

Uma cultura que privilegia normas éticas encoraja os membros da organização a comportar-se em conformidade com esta ética. A conduta ética parece mais presente nas organizações em que os líderes e as normas encorajam e sustentam a conduta ética, e onde a conduta ética é recompensada e a conduta não ética é punida. É pois importante que os principais quadros criem e favoreçam uma cultura de empresa que exija e encoraje uma tomada de decisão ética. O clima ético fixa-se no vértice da organização e a exemplaridade é, pois, fundamental.⁵⁶⁸

Organizações com fortes culturas de integridade criam relações de confiança com as partes interessadas: funcionários, clientes e fornecedores. Essa postura auxilia, ao mesmo tempo, a construir relações positivas com os reguladores e ainda ajuda a atrair investidores de longo prazo. Em última análise, um programa de integridade gera para a empresa, a longo prazo, um desempenho imensamente superior.

Para uma visão mais precisa de seu funcionamento, as organizações podem criar postos de escuta e desenvolver pesquisas de integridade envolvendo funcionários e observadores externos. É especialmente útil para oferecer caminhos, tais como “focus groups” executados por terceiros, para que os funcionários se sintam à vontade para tratar de assuntos que reflitam exatamente as suas percepções da organização.

A atenção à cultura de integridade deve de ser ativa e contínua, especialmente em grandes organizações que possuem postos avançados distantes. Valores, como ética e integridade, devem ser comunicados de forma objetiva e consistente. A mensagem precisa ser explícita e repetida, de modo que ele fique embutido na mente dos funcionários qual é a política daquela organização. O grande desafio é ser criativo para evitar que as mensagens sejam repetitivas ou obsoletas, razão pela qual a ilustração com situações concretas sempre produzem ótimos resultados.

Um programa de integridade efetivo deve considerar, por exemplo, apresentações e discussões sobre as vantagens da integridade não apenas em prol da organização, mas principalmente para a própria evolução do funcionário como ser humano, fomentando, assim, uma “integridade inteligente”:

[...] uma questão que vem ganhando cada vez mais corpo nas discussões organizacionais e um dos focos primordiais de gestão do entendimento dos propósitos que nos movem em nossos comportamentos: a espiritualidade dos indivíduos. Abrange o nosso compromisso, como seres humanos, na busca de um mundo melhor e na visão de que a satisfação pessoal é a mola mestra de todo o processo de crescimento organizacional. A equação que se

⁵⁶⁸ MERCIER, *op. cit.*, p. 30.

trabalha aqui é a de que quanto maior a satisfação individual, maior será a produtividade coletiva. E isso não tem nada de errado e deve ser compreendido e perseguido de maneira salutar pelas organizações.⁵⁶⁹

O objetivo não é o de modificar a natureza humana, mas sim o de buscar o desenvolvimento de um individualismo socialmente responsável, o qual em muito poderá contribuir para mitigar os riscos de ser o funcionário contaminado por vícios dissonantes da cultura organizacional.⁵⁷⁰ Da mesma forma que as organizações realizam treinamentos acerca dos regramentos de seus respectivos códigos de conduta, é fundamental dissuadir potenciais corruptores (os *amarelos* ou *tíbios*⁵⁷¹) não pela constante fiscalização de um supersistema de controle, mas sim pela sensibilização dos mesmos quanto às consequências da prática de um ilícito em sua vida pessoal e profissional. Como o conceito de integridade é universalmente reconhecido, ele precisa ser articulado de maneira que transcenda nacionalidades e fronteiras, em uma linguagem única. É claro que, nesse aspecto, as diferenças culturais influenciarão a forma como as mensagens são recebidas e interpretadas pelos funcionários de diferentes localidades, razão pela qual devem ser realizados os devidos ajustes na formação, na integração dos funcionários e nas avaliações de desempenho.

No tocante a terceiros com quem a empresa mantém relação comercial, o sistema brasileiro dispensa formalidades meramente documentais que poderiam dar a impressão de que desses terceiros foi exigido um compromisso ético. Cláusulas anticorrupção, por exemplo, certamente serão úteis para gerar a rescisão do contrato, mas jamais terão o condão de evitar que a empresa contratante escape da aplicação das sanções pela prática de um ato ilícito praticado por um funcionário da contratada na execução do contrato firmado entre ambas. Isso porque, pela Lei n.º 12.846/2013, como já observado, atos ilícitos praticados por terceiros são capazes de gerar responsabilidade para a pessoa jurídica contratante, de modo que cabe a esta impor a seus contratados a necessidade de implementação de programas que sejam capazes de disseminar a integridade de modo efetivo.

Em se tratando de fusões e aquisições, é muito importante uma análise da integridade como parte do processo de *due diligence* e, caso os valores da empresa-alvo sejam significativamente diferentes dos da empresa-adquirente, isso deve representar uma “*red flag*” e a transação pode

⁵⁶⁹ WANICK, *op. cit.*, p. 551.

⁵⁷⁰ Isso é fundamental para a corporação porque “[o] ser humano, enquanto ser racional, porém imperfeito, participa dos dois planos. No plano inteligível, representa as leis morais e as identifica como seus deveres; no plano sensível, sofre os conflitos dos constantes choques entre os deveres e sua vontade impura, orientada a partir das necessidades, inclinações e apetites” (JORIO, *op. cit.*, p. 96).

⁵⁷¹ *Vide*, a esse respeito, Capítulo I, Item 1.2.

até falhar, com perda de uma oportunidade comercial apesar dos potenciais benefícios do negócio.

A cultura da integridade também não pode ficar limitada aos procedimentos internos da empresa, devendo fazer com que a pessoa jurídica estabeleça diálogo com a própria comunidade onde está situada para obter respeito e admiração, naquilo que Samuel Mercier chamou de “empresa cidadã”:

A noção de empresa cidadão assenta sobre o facto de a actividade da empresa ser inseparável da comunidade no seio da qual ela funciona. Para uma empresa ser ‘boa cidadã’ não basta respeitar escrupulosamente as leis e os regulamentos do país em que trabalha, mas é preciso, para além do valor económico acrescentado que traz, constituir um elemento vivo do ambiente social. [...] Elas envolvem-se na preservação da sua reputação de integridade e de igualdade em todos os países onde trabalham, e em participar na realização das aspirações colectivas das comunidades onde se instalam.⁵⁷²

Isso significa que até mesmo as pessoas que não trabalham diretamente na empresa devem receber especial atenção para que um programa de integridade possa alcançar bons resultados. Pode-se dizer, assim, que uma pessoa jurídica nada mais é que uma comunidade composta por pessoas com interesses comuns e valores compartilhados, sejam elas funcionários ou não, as quais devem estar unidas para alcançar um objetivo comum. Se essa união se estabelece, os resultados e o sucesso aparecem.

A implementação de um programa de integridade não apenas protege a organização contra os riscos que lhe são inerentes, mas também estabelece o compromisso e a lealdade dos funcionários com todas as partes interessadas.

Do mesmo modo que uma empresa pode vir a se desvalorizar pela falta de credibilidade ou baixa reputação, não há dúvida de que, se bem implementando, um programa de integridade servirá como um ativo organizacional valioso e poderá criar uma imensa vantagem competitiva.

3.4 Benefícios e vantagens decorrentes da estruturação de um sistema de integridade efetivo

Good company will always be found much less expensive than bad.

George Washington

⁵⁷² MERCIER, *op. cit.*, p. 57.

3.4.1 Legislação em vigor aplicável

Nos Estados Unidos, o FCPA prevê um tratamento bem mais benéfico para as empresas incriminadas que demonstrarem que possuem um programa efetivo de prevenção e detecção das violações da lei. Se essa demonstração indicar que o ato de corrupção praticado foi absolutamente isolado e contrário às políticas da empresa, que os mecanismos preventivos funcionaram e que foram adotadas medidas efetivas no sentido de impedir que a mesma prática se repita, tais circunstâncias, somadas aos princípios que devem ser observados na decisão de processar ou não a pessoa jurídica, poderão levar à isenção total de sua responsabilidade⁵⁷³. Além disso, no Item 3.1002 da Subparte 3.10 do *Contractor Code of Business Ethics and Conduct*, consta expressamente o seguinte:

(A) os fornecedores do governo devem conduzir-se de acordo com o mais elevado grau de integridade e honestidade.

(B) Os contratantes devem possuir um código de conduta e ética negocial escrito. Para promover o cumprimento desse código de conduta e ética negocial, os contratados devem possuir um programa de treinamento de compliance e ética nos negócios para os funcionários e um sistema de controle interno que:

(1) Seja adequado ao tamanho da empresa e à extensão do seu envolvimento em contratações públicas;

(2) Facilite a descoberta oportuna e a divulgação de conduta imprópria em conexão com as contratações públicas; e

(3) Assegure que medidas corretivas sejam prontamente instituídas e executadas.

No Brasil, a Lei n.º 12.846/2013 reconhece expressamente que as sanções nela previstas poderão ser significativamente reduzidas diante da existência de um programa de integridade efetivo (art. 7º, inciso VIII). O acordo de leniência, outra inovação da mesma Lei, também é considerado como um incentivo à adoção dos programas de integridade. Isto porque, quando não forem capazes de evitar a ocorrência do ilícito, espera-se que os sistemas de integridade sejam efetivos ao ponto de detectar sua ocorrência oportunamente, a fim de permitir a comunicação ao órgão competente e, via de consequência, a obtenção pela empresa do benefício de redução ou extinção da sanção aplicável.

Em março de 2015, o Poder Executivo Federal publicou o Decreto n.º 8.420, o qual regulamentou a Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas e detalhou, dentre outros pontos, os elementos que serão levados em consideração na avaliação da efetividade dos programas de integridade.

⁵⁷³ CARVALHO, “Legislação anticorrupção no mundo: análise comparativa entre a Lei Anticorrupção Brasileira, o *Foreign Corrupt Practices Act* norte-americano e o *Bribery Act* do Reino Unido”, *op. cit.*, p. 53.

Perfeitamente alinhado com as principais legislações anticorrupção estrangeiras, o Decreto n.º 8.420/2015, no *caput* de seu art. 41, conceituou programa de integridade como sendo o “conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira”.

Nos exatos termos do que já foi tratado anteriormente, o parágrafo único do mesmo artigo deixou expresso que “[o] programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade”.

Para fins de aferição da efetividade do programa de integridade e dosimetria das sanções a serem aplicadas à pessoa jurídica, o art. 42 do Decreto n.º 8.420/2015 estabeleceu os seguintes parâmetros: comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé; medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva

remediação dos danos gerados; diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei n.º 12.846/2013; e transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

Em outras palavras: um programa de integridade será “efetivo” apenas se se fizerem presentes todos os dezesseis itens expressamente previstos no art. 42 do Decreto n.º 8.420/2015.

Os critérios escolhidos deixam claro que o programa de integridade deve ser confeccionado de acordo com as características e especificidades da empresa, ou seja, se o programa de integridade não tiver sido preparado especificamente para a empresa, com base em uma análise previamente realizada, ele tende a ser absolutamente ineficiente e, além disso, desconsiderado durante o processo administrativo sancionador.

Assim, a aquisição de um programa de integridade pronto ou a preparação por um profissional que não esteja devidamente qualificado para esse tipo de atividade, além de gerar um gasto infrutífero, pode deixar a empresa vulnerável à aplicação de sanções em uma gradação muito mais alta.

O ônus de demonstrar que possui um programa de integridade efetivo e que atende aos requisitos mínimos da regulamentação do Decreto n.º 8.420/2015 ou do Estado ou Município correspondente cabe à pessoa jurídica. A Portaria n.º 909, de 7 de abril de 2015, da Controladoria-Geral da União (atual Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle), que disciplina o procedimento de avaliação dos programas de *compliance* das pessoas jurídicas, estabelece, em seu art. 2º, inclusive que, para que seu programa de integridade seja avaliado, a

pessoa jurídica deverá apresentar relatório de perfil e relatório de conformidade do programa, cujos requisitos estão elencados nos arts. 3º⁵⁷⁴ e 4º⁵⁷⁵ da mesma Portaria, respectivamente.

Eventuais omissões, contradições ou obscuridades serão imediatamente descartadas por ocasião da avaliação, eis que, ao requerer os benefícios previstos em lei, a pessoa jurídica deverá zelar pela completude, clareza e organização das informações prestadas. Para comprovar suas alegações, poderá se valer de documentos oficiais, correios eletrônicos, cartas, declarações, correspondências, memorandos, atas de reunião, relatórios, manuais, imagens capturadas da tela de computador, gravações audiovisuais e sonoras, fotografias, ordens de compra, notas fiscais, registros contábeis ou outros documentos, preferencialmente em meio digital. Essa responsabilidade atribuída à pessoa jurídica interessada, entretanto, não impede à autoridade responsável pela avaliação de determinar a realização de entrevistas e solicitar novos documentos a fim de sanar eventuais dúvidas que possam se apresentar.

Realizada a avaliação, qualquer programa de integridade meramente formal e que se mostre absolutamente ineficaz para mitigar o risco de ocorrência de atos lesivos da Lei n.º 12.846/2013 será totalmente desconsiderado para fins de aplicação do percentual de redução da multa administrativa. Não sendo esse o caso, a definição do percentual de redução considerará o grau de adequação do programa de integridade ao perfil da empresa e de sua efetividade, sendo que a concessão do percentual máximo dependerá do atendimento completo a todos os requisitos regulamentares.

Como a intenção é fazer com que as empresas atuem de forma preventiva, e não reativa, não serão considerados para efeito de avaliação programas de integridade que tenham sido criados ou implementados na pessoa jurídica após a ocorrência do ato lesivo objeto da apuração (§ 4º do art. 5º da Portaria n.º 909/2015).

⁵⁷⁴ Art. 3º No relatório de perfil, a pessoa jurídica deverá: I – indicar os setores do mercado em que atua em território nacional e, se for o caso, no exterior; II – apresentar sua estrutura organizacional, descrevendo a hierarquia interna, o processo decisório e as principais competências de conselhos, diretorias, departamentos ou setores; III – informar o quantitativo de empregados, funcionários e colaboradores; IV – especificar e contextualizar as interações estabelecidas com a administração pública nacional ou estrangeira, destacando: a) importância da obtenção de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas atividades; b) o quantitativo e os valores de contratos celebrados ou vigentes com entidades e órgãos públicos nos últimos três anos e a participação destes no faturamento anual da pessoa jurídica; c) frequência e a relevância da utilização de agentes intermediários, como procuradores, despachantes, consultores ou representantes comerciais, nas interações com o setor público; V – descrever as participações societárias que envolvam a pessoa jurídica na condição de controladora, controlada, coligada ou consorciada; e VI – informar sua qualificação, se for o caso, como microempresa ou empresa de pequeno porte.

⁵⁷⁵ Art. 4º No relatório de conformidade do programa, a pessoa jurídica deverá: I – informar a estrutura do programa de integridade, com: a) indicação de quais parâmetros previstos nos incisos do *caput* do art. 42 do Decreto n.º 8.420, de 2015, foram implementados; b) descrição de como os parâmetros previstos na alínea “a” deste inciso foram implementados; c) explicação da importância da implementação de cada um dos parâmetros previstos na alínea “a” deste inciso, frente às especificidades da pessoa jurídica, para a mitigação de risco de ocorrência de atos lesivos constantes do art. 5º da Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013; II – demonstrar o funcionamento do programa de integridade na rotina da pessoa jurídica, com histórico de dados, estatísticas e casos concretos; e III – demonstrar a atuação do programa de integridade na prevenção, detecção e remediação do ato lesivo objeto da apuração.

Dadas as naturais dificuldades do Poder Público de certificar toda e qualquer empresa como possuidora de um programa de integridade efetivo, ou mesmo de avaliar, durante a tramitação de cada um dos processos administrativos de responsabilização, a existência de um programa dessa natureza, a tendência é no sentido de que o poder de certificação prévio seja conferido a empresas terceirizadas previamente credenciadas pelo Poder Público para prestar esse tipo de serviço. Para tanto, já existe a norma brasileira DSC (*Diretrizes para o Sistema de Compliance*) 10.000, elaborada por profissionais experimentados do próprio mercado com o objetivo de estabelecer um guia para as empresas construírem seus sistemas de compliance, com os requisitos mínimos capazes de assegurar sua efetividade, e servir de base para uma certificação voluntária por auditorias independentes⁵⁷⁶.

O atendimento à legislação de um único país, entretanto, não é suficiente.

Como já examinado, há até bem pouco tempo a política anticorrupção padrão era quase exclusivamente focada no FCPA norte-americano. As ações de fiscalização do DOJ e da SEC eram a principal preocupação, se não a única, para os executivos e membros de diretoria das grandes corporações. O UKBA (*United Kingdom Bribery Act*) forçou, em 2010, uma mudança em relação a essa questão e, atualmente, muitas políticas anticorrupção seguem explicitamente os padrões das leis dos EUA e do Reino Unido. O Brasil, em 2013, promulgou a Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas e agora a França, em 30 de março de 2016, apresentou um projeto de lei nominado “Transparência, Luta Contra a Corrupção e Modernização da Vida Econômica”, propondo um novo Sistema Nacional Anticorrupção.⁵⁷⁷

Assim, os regramentos anticorrupção são cada vez mais globais e, por isso, as empresas precisam acompanhar essa evolução com a implementação de políticas e procedimentos que reflitam esse movimento mundial, principalmente aquelas que operam internacionalmente. Para se alcançar essa padronização mundial, certamente em muito contribuirá a norma ISO 37001, publicada, em 14 de outubro de 2016, pela Organização Internacional de Normalização (*International Organization for Standardization – ISO*), cujo objetivo é não apenas certificar, junto a investidores e parceiros comerciais, acerca da implementação de um efetivo programa

⁵⁷⁶ EBANC, *DSC 10.000 – Diretrizes para o Sistema de Compliance*, 2015 [disponível em http://d2anw9s7m4yy10.cloudfront.net/dsc/dsc_10000_pt.pdf, acesso em 26 de julho de 2016].

⁵⁷⁷ Detalhes em: RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, “Sapin II Law: transparency, the fight against corruption, modernisation of the economy”, *Gouvernement.fr*, 6 April 2016 [disponível em <http://www.gouvernement.fr/en/sapin-ii-law-transparency-the-fight-against-corruption-modernisation-of-the-economy>, acesso em 31 de agosto de 2016].

anticorrupção, mas também reduzir os riscos corporativos e os custos relacionados à corrupção.⁵⁷⁸

A ISO 37001, assim, é uma ferramenta para assegurar que determinados componentes básicos estejam corretamente implementados, enfatizando operações de negócios, usando uma abordagem baseada em riscos e especificando certos procedimentos e controles necessários. É nesse sentido, aliás, que a nova norma, focada exclusivamente nos sistemas de prevenção à corrupção, difere da ISO 19600, que trata apenas de programas de compliance. A nova norma funciona apenas no sentido de auxiliar na implementação de um “programa de compliance mínimo”, o que certamente aumentará as chances de evitar uma violação que possa resultar em pesadas multas ou responsabilidade penal em qualquer país do mundo.

Dentre as novidades, sublinha a necessidade de o diretor anticorrupção possuir o máximo de independência possível, razão pela qual não deve ficar pessoalmente envolvido nas atividades da organização que estão expostas ao risco de suborno. A ISO 37001 também estabelece que a análise de antecedentes de terceiros atuais e potenciais, bem como de outros parceiros de negócios, é um componente fundamental da *due diligence* anticorrupção. Além disso, a ISO 37001 traz orientações obrigatórias para obtenção da certificação, bem como sugestões quanto à prevenção da prática de atos de corrupção nas empresas, os quais assim serão considerados de acordo com a legislação de cada país.

Para tanto, a ISO 37001 define padrões aceitos internacionalmente em torno de temas como políticas, procedimentos e controles da corrupção; liderança, compromisso e responsabilidade da alta direção; fiscalização dos altos níveis hierárquicos da empresa; treinamento anticorrupção; análise e avaliação de riscos; *self-reporting*, monitoramento, investigação e revisões; ações corretivas e aprimoramento contínuo do programa; canais de denúncias anônimas; políticas de presentes e brindes; comunicação do programa a parceiros comerciais.

Os pontos descritos acima, combinados com a orientação adicional específica constante da ISO 37001, certamente fornecerão uma estrutura sólida que poderá ser eventualmente utilizada em uma auditoria de *compliance* realizada por uma pessoa jurídica credenciada e independente, conforme acima sugerido.

⁵⁷⁸ ISO, “ISO 37001 – Anti-bribery management systems”, 2016 [disponível em <http://www.iso.org/iso/home/standards/management-standards/iso37001.htm>, acesso em 24 de outubro de 2016].

3.4.2 Incentivos à implementação de programas de integridade em perspectiva

A legislação poderia avançar muito mais para motivar as empresas a implementar sistemas de integridade efetivos e, assim, trilharem o caminho da probidade empresarial. Apesar de se tratar de excelente iniciativa, o “Selo Empresa Pró-Ética”, implementado pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle e pelo Instituto Ethos, ainda está longe de alcançar seus objetivos: das 97 empresas que se inscreveram para a edição de 2015, apenas 19 o receberam – a maioria empresas multinacionais.

Um fundamental incentivo seria a previsão legal, nos moldes da legislação norte-americana, de possibilidade de eliminação total da multa aplicável à empresa que mantivesse um programa de integridade efetivo caso um de seus funcionários se envolvesse com a prática de ilícitos. A não ser assim, a empresa sempre se deparará com o seguinte dilema: reportar o ilícito de forma espontânea e pagar a multa reduzida ou apostar na possibilidade de não ser flagrada.

A simples redução de penalidades, entretanto, não é suficiente. A adoção de políticas de integridade deve sempre representar para a empresa um ótimo negócio, não apenas do ponto de vista de manutenção de sua reputação, mas também em termos financeiros. Assim, a evolução da legislação caminha no sentido de estabelecer mecanismos de premiação das empresas que mantenham programas de integridade efetivos.

Por isso a ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro –, propôs, em sua reunião plenária de 2015, a Ação n.º 5: “Propor a criação de mecanismos que incentivem a adoção de programas de integridade em contratações públicas”. Se a atual Lei de Licitações já possui um extensivo rol de incentivos para empresas pelo simples fato de serem brasileiras, por que não premiar também as companhias que investem na integridade?

Empresas que não se envolvem com corrupção e, por isso, dispensam o superfaturamento dos valores de obras e serviços, exatamente porque não pagam propinas nem se envolvem em cartéis, tendem a praticar preços mais baixos e a oferecer produtos de melhor qualidade. Além disso, diminui sensivelmente o risco de essas empresas responderem a processos e, assim, paralisarem a execução de contratos públicos. O trabalho de elaboração de minuta de projeto de lei nesse sentido ainda está em andamento sob responsabilidade do grupo de trabalho da Ação 5 da ENCCLA.

4 O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO DE APLICAÇÃO DE SANÇÕES A PESSOAS JURÍDICAS

4.1 O processo administrativo de responsabilização (PAR)

4.1.1 Noções gerais

O Decreto n.º 8.420, de 18 de março de 2015, e a Portaria CGU n.º 910, de 7 de abril de 2015, regulamentaram, no âmbito federal, a Lei n.º 12.846/2013 para tratar, mais especificamente, do procedimento afeto ao chamado *Processo Administrativo de Responsabilização – PAR* –, o qual, submetido às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, tem por objetivo apurar a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas por eventuais atos lesivos capitulados na Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas. Trata-se, como o próprio nome indica, de instrumento de natureza extrajudicial pelo qual poderão, ao final, ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º da Lei n.º 12.846/2013 e, havendo subsunção do ato lesivo em apuração com os ilícitos da Lei n.º 8.666/93, também as sanções administrativas nela previstas.⁵⁷⁹

No tocante à competência administrativa para instauração, processamento e julgamento, esta cabe à autoridade máxima da autarquia ou fundação pública em face da qual foi praticado o ato lesivo, ou, em se tratando da administração direta, do seu Ministro de Estado (no plano estadual e municipal, Secretários Estaduais e Municipais), conforme prevê o art. 8º da LIPJ. A questão jurídica que preliminarmente se estabelece nessa seara envolve a discussão em torno da existência de eventual poder administrativo sancionatório das empresas públicas e sociedades de economia mista para processar e julgar atos lesivos contra si praticados por outras pessoas jurídicas que, muitas vezes, atuam inclusive no mesmo ramo empresarial.

Isso porque, de acordo com o art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, as empresas estatais sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Assim, exclui-se das mesmas o poder de aplicar sanções aos administrados, pessoas naturais ou jurídicas⁵⁸⁰, pois isso lhes

⁵⁷⁹ Sobre aplicação conjunta das sanções da Lei n.º 8.666/93, *vide*, neste Capítulo, Item 2.4.1.

⁵⁸⁰ “A aplicação de medidas punitivas aos particulares, pessoa jurídica ou natural, é privativa de entidades de Direito Público, porque o poder sancionatório é decorrência da chamada potestade administrativa, que somente pessoas jurídicas de Direito Público detêm.

Disso decorre que empresas públicas e sociedades de economia mista, apesar de serem entidades do poder executivo, não a exercem nem podem exercê-la e, consequentemente, não podem instaurar processos administrativos punitivos e muito menos aplicar sanções, como ocorre com o exercício do chamado poder de polícia” (GRECO FILHO/RASSI, “Decreto Estadual Anticorrupção contém inconstitucionalidade” [blog post], *Blogs: Fausto Macedo – Estadão*, 19 de fevereiro de 2014 [disponível em <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/decreto-estadual-anticorrupcao-contem-inconstitucionalidade/>, acesso em 30 de novembro de 2016]).

daria uma vantagem competitiva não admitida pelo texto constitucional, violando as regras de livre mercado. Aliás, a Lei n.º 13.303/2016 (Estatuto Jurídico das Empresas Estatais) traz apenas a possibilidade de as empresas públicas e as sociedades de economia mista aplicarem sanções pelo atraso injustificado na execução do contrato ou, então, pela inexecução total ou parcial do contrato (arts. 82 e 83).

No âmbito federal, o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União⁵⁸¹ possui *competência exclusiva* para instaurar, apurar e julgar PAR pela prática de atos lesivos à Administração Pública estrangeira (art. 9º da LIPJ). Ao mesmo tempo, possui *competência concorrente* para instaurar e julgar os processos administrativos de responsabilização e, simultaneamente, poderá avocar os processos instaurados por outros órgãos para exame de sua regularidade ou para lhes corrigir o andamento, inclusive aplicando a penalidade administrativa cabível (art. 8º, § 2º, da LIPJ). Tal avocação poderá ocorrer nas seguintes circunstâncias: a) caracterização de omissão da autoridade originariamente competente; b) inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem; c) complexidade, repercussão e relevância da matéria; d) valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade atingida; ou e) apuração que envolva atos e fatos relacionados a mais de um órgão ou entidade da Administração Pública federal (art. 13, § 1º, do Decreto n.º 8.420/2015).

O PAR poderá ser precedido por procedimento investigatório de caráter sigiloso, inquisitivo e não punitivo, o qual terá o objetivo de coletar provas de autoria e materialidade dos atos lesivos à Administração Pública federal, sendo sempre conduzido por comissão composta por dois ou mais servidores efetivos e, quando os quadros funcionais não forem formados por estatutários, por dois ou mais empregados públicos. O prazo para conclusão da investigação não pode exceder 60 (sessenta) dias, podendo ser prorrogável por igual período mediante requerimento fundamentado dirigido à autoridade instauradora, sendo que, ao final, o procedimento apuracional será concluído com pedido de arquivamento ou encaminhamento à autoridade competente para decisão de instauração do PAR (art. 4º, §§ 1º a 5º, do Decreto n.º 8.420/2015).

⁵⁸¹ A Medida Provisória n.º 726, de 12 de maio de 2016, convertida posteriormente na Lei n.º 13.341, de 29 de setembro de 2016, extinguiu a Controladoria-Geral da União e criou o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União – CGU, o qual assumiu todas as funções daquela.

4.1.2 Instauração, formação da relação jurídica processual e instrução do PAR

O primeiro ato administrativo afeto a um processo administrativo de responsabilização é a publicação da portaria inaugural. Entretanto, esse ato administrativo deve ser praticado com extrema cautela pela comissão processante, preferencialmente fazendo-se referência apenas às letras iniciais da pessoa jurídica, a fim de que a mesma não sofra uma sanção antecipada. Isso porque a simples *publicação* da portaria inaugural de um PAR já poderá gerar uma gravíssima crise de imagem para as sociedades empresárias, com consequências econômicas devastadoras, como, por exemplo, a queda do valor das ações em bolsas de valores ou a extinção de contratos com parceiros comerciais. Apesar de não se tratar de um ato administrativo sigiloso, deve ser ele praticado de modo reservado e com discrição.

Assim como acontece no procedimento de investigação preliminar, a portaria inaugural do PAR já deverá trazer a designação da comissão processante, composta por dois ou mais servidores estáveis (ou empregados públicos com, no mínimo, três anos de tempo de serviço). É muito importante que os membros da comissão processante a ser constituída atentem para eventuais conflitos de interesses que possam surgir entre a atuação em determinado processo e questões de cunho pessoal. Assim, por exemplo, se uma determinada empresa com ações em bolsas de valores está sendo processada administrativamente, os membros da respectiva comissão processante, na gestão de seus negócios privados, devem manter inalteradas as posições de seus investimentos em ações daquela empresa para não incorrerem no ato ilícito previsto no inciso I do art. 5º da Lei n.º 12.813/2013⁵⁸², uma vez que, em razão da respectiva atuação, terão acesso a informações privilegiadas⁵⁸³.

A portaria de instauração do PAR deverá trazer apenas uma descrição sucinta do objeto da apuração, não havendo, nesse procedimento, qualquer violação do contraditório ou da ampla defesa. Isso porque, após a instalação da comissão, será a pessoa jurídica devidamente *intimada*⁵⁸⁴ para que possa acompanhar todos os atos instrutórios, o que poderá ser feito

⁵⁸² Art. 5º da Lei n.º 12.813/2013. Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal: I – divulgar ou fazer uso de informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas; [...].

⁵⁸³ É nesse sentido, inclusive, o Memorando-Circular n.º 60/2014/SE/CGU-PR, de 20 de novembro de 2014, expedido pela Secretaria-Executiva da Controladoria-Geral da União.

⁵⁸⁴ Art. 7º do Decreto n.º 8.420/2015. As intimações serão feitas por meio eletrônico, via postal ou por qualquer outro meio que assegure a certeza de ciência da pessoa jurídica acusada, cujo prazo para apresentação de defesa será contado a partir da data da cientificação oficial, observado o disposto no Capítulo XVI da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999. § 1º Caso não tenha êxito a intimação de que trata o *caput*, será feita nova intimação por meio de edital publicado na imprensa oficial, em jornal de grande circulação no Estado da federação em que a pessoa jurídica tenha sede, e no sítio eletrônico do órgão ou entidade pública responsável pela apuração do PAR, contando-se o prazo para apresentação da defesa a partir da última data de publicação do edital. § 2º Em se tratando de pessoa jurídica que não possua sede, filial ou representação no País e sendo desconhecida sua representação no exterior, frustrada a intimação nos termos do *caput*, será feita nova intimação por meio de edital publicado na imprensa oficial e no sítio eletrônico do órgão ou entidade público responsável pela apuração do PAR, contando-se o prazo para apresentação da defesa a partir da última data de publicação do edital.

inclusive por meio de seus representantes legais ou procuradores, sendo-lhes assegurado amplo acesso aos autos (art. 13, *caput*, e § 1º, da Portaria CGU n.º 910/2015).

Aliás, acerca da contagem dos prazos no processo administrativo de responsabilização, as regras a serem observadas são as da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (que trata do processo administrativo)⁵⁸⁵, e não as do novo Código de Processo Civil (que trata do processo judicial). Orientação nesse sentido vem, inclusive, expressa no art. 7º do Decreto n.º 8.420/2015.

Em função dos rigores da Lei n.º 12.846/2013, é muito importante que as empresas, ao serem intimadas, reconheçam suas limitações e cooperem com informações que auxiliem no andamento do processo. Quanto mais transparente, colaborativa, franca e aberta for a companhia em um momento de crise, maior será sua credibilidade do ponto de vista da autoridade responsável pela eventual aplicação da sanção. Além disso, esse comportamento também se refletirá na imagem da empresa perante os consumidores e a sociedade⁵⁸⁶.

Durante a tramitação do PAR – que não poderá exceder o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, admitida prorrogação por meio de solicitação do presidente da comissão à autoridade instauradora (art. 9º do Decreto n.º 8.420/2015) –, a comissão processante poderá utilizar-se de todos os meios de prova admitidos em lei, bem como realizar quaisquer diligências necessárias à elucidação dos fatos, sendo que, para o devido exercício de suas funções, poderá: a) requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão, no País ou no exterior, por meio do seu órgão de representação judicial, ou equivalente, do respectivo ente público (art. 10, § 1º, da LIPJ); b) propor à autoridade instauradora a suspensão cautelar dos efeitos do ato ou do processo objeto da investigação (art. 10, § 2º, da LIPJ); e c) solicitar a atuação de especialistas com notório conhecimento, de órgãos e entidades públicos ou de outras organizações, para auxiliar na análise da matéria sob exame (art. 9º, § 2º, inciso II, do Decreto n.º 8.420/2015).

⁵⁸⁵ Art. 66 da Lei 9.784/99. Os prazos começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento. § 1º Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não houver expediente ou este for encerrado antes da hora normal. § 2º Os prazos expressos em dias contam-se de modo contínuo. § 3º Os prazos fixados em meses ou anos contam-se de data a data. Se no mês do vencimento não houver o dia equivalente àquele do início do prazo, tem-se como termo o último dia do mês.

Art. 67 da Lei 9.784/99. Salvo motivo de força maior devidamente comprovado, os prazos processuais não se suspendem.

⁵⁸⁶ Mário Rosa, sobre os valores que podem contaminar positiva ou negativamente uma imagem, cita sugestões do consultor americano James Lukaszewski, propondo quatro ações práticas: “1) A percepção da opinião pública sobre como uma empresa ou líder administram um problema conta mais do que os fatos; 2) Um plano de ação que signifique pedido de desculpas colocará muita gente do lado da organização ou da liderança rapidamente; 3) Erros e arrogância podem obscurecer as ações mais positivas; 4) Algumas poucas mensagens positivas importantes no começo ajudam a organização a se contrapor aos erros que a mídia sempre comete ao relatar situações desse tipo e aos erros da empresa ao responder” (ROSA, *A era do escândalo: lições, relatos e bastidores de quem viveu as grandes crises de imagem*, São Paulo, Geração Editorial, 2003, p. 182).

Encerrada a instrução probatória inicial, a comissão processante deverá, se for o caso, documentar a tipificação da conduta dentre os atos lesivos descritos no art. 5º da Lei n.º 12.846/2013, com a narrativa minuciosa dos fatos e a indicação das provas a ele relacionadas. Após, a pessoa jurídica será intimada para, no prazo de *trinta dias*, apresentar *defesa escrita*, equivalente a uma contestação, e especificar eventuais provas que pretenda produzir. É neste momento que a pessoa jurídica poderá suscitar em seu favor a existência de um programa de integridade efetivo implementado *antes* da ocorrência do ato lesivo, a fim de que possa se valer dos benefícios legais (art. 7º, inciso VIII, da LIPJ, e art. 18, inciso V, do Decreto n.º 8.420/2015). Deverá, para tanto, apresentar o *relatório de perfil* e o *relatório de conformidade do programa*, observando sempre os requisitos estampados nos arts. 3º e 4º da Portaria CGU n.º 909, de 7 de abril de 2015.⁵⁸⁷

Se, durante essa segunda etapa da instrução processual forem juntadas de novas provas pela comissão processante, a pessoa jurídica, em observância ao contraditório e à ampla defesa, terá oportunidade de apresentar, no prazo de 10 (dez) dias, alegações escritas, mas deverá a defesa, neste caso, ficar circunscrita à análise dessas novas provas (art. 16 da Portaria CGU n.º 910/2015).

Concluídos os trabalhos de apuração e análise, a comissão elaborará *relatório final* a respeito dos fatos apurados e da eventual responsabilidade administrativa da pessoa jurídica, no qual sugerirá, de forma motivada, as sanções a serem aplicadas, a dosimetria da multa ou o arquivamento do processo (art. 9º, § 3º, do Decreto n.º 8.420/2015). O PAR, na sequência, segue para manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público (art. 6º, § 2º, da Lei n.º 12.846/2013).

⁵⁸⁷ Art. 3º da Portaria CGU n.º 909/2015. No relatório de perfil, a pessoa jurídica deverá: I – indicar os setores do mercado em que atua em território nacional e, se for o caso, no exterior; II – apresentar sua estrutura organizacional, descrevendo a hierarquia interna, o processo decisório e as principais competências de conselhos, diretorias, departamentos ou setores; III – informar o quantitativo de empregados, funcionários e colaboradores; IV – especificar e contextualizar as interações estabelecidas com a administração pública nacional ou estrangeira, destacando: a) importância da obtenção de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas atividades; b) o quantitativo e os valores de contratos celebrados ou vigentes com entidades e órgãos públicos nos últimos três anos e a participação destes no faturamento anual da pessoa jurídica; c) frequência e a relevância da utilização de agentes intermediários, como procuradores, despachantes, consultores ou representantes comerciais, nas interações com o setor público; V – descrever as participações societárias que envolvam a pessoa jurídica na condição de controladora, controlada, coligada ou consorciada; e VI – informar sua qualificação, se for o caso, como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Art. 4º da Portaria CGU n.º 909/2015. No relatório de conformidade do programa, a pessoa jurídica deverá: I – informar a estrutura do programa de integridade, com: a) indicação de quais parâmetros previstos nos incisos do *caput* do art. 42 do Decreto n.º 8.420, de 2015, foram implementados; b) descrição de como os parâmetros previstos na alínea “a” deste inciso foram implementados; c) explicação da importância da implementação de cada um dos parâmetros previstos na alínea “a” deste inciso, frente às especificidades da pessoa jurídica, para a mitigação de risco de ocorrência de atos lesivos constantes do art. 5º da Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013; II – demonstrar o funcionamento do programa de integridade na rotina da pessoa jurídica, com histórico de dados, estatísticas e casos concretos; e III – demonstrar a atuação do programa de integridade na prevenção, detecção e remediação do ato lesivo objeto da apuração.

4.1.3 Análise jurídica prévia à decisão

Os autos do processo administrativo de responsabilização devem, ao final, ser submetidos à análise jurídica da Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público, condição absolutamente indispensável para a aplicação das sanções administrativas, nos termos do § 2º do art. 6º da Lei n.º 12.846/2013. Essa análise jurídica, entretanto, deve ficar restrita à observância do devido processo legal administrativo⁵⁸⁸, devendo o parecer, assim, limitar-se à análise da observância do procedimento legal e do respeito às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, a fim de evitar a ocorrência de quaisquer nulidades processuais que, posteriormente, poderiam ser atacadas pela via judicial em caso de eventual condenação.

A análise do mérito ou da gradação das sanções a serem aplicadas, nessa fase, deve ser evitada pela Advocacia Pública ou órgão equivalente, já que, de acordo com o *caput* do art. 8º da LIPJ, o julgamento do processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabe exclusivamente à *autoridade máxima* de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A não ser assim a autoridade máxima responsável terá o seu *livre convencimento* comprometido acerca dos fatos por um caráter praticamente vinculante do parecer jurídico, pois um eventual julgamento em sentido contrário a este certamente resultará em inevitável transposição da discussão do mérito para o Poder Judiciário, a fim de fazer prevalecer a posição da Advocacia Pública, seja pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica que suportar a condenação.

4.1.4 Decisão administrativa da autoridade máxima do órgão

Após análise jurídica da Advocacia Pública ou do órgão de assistência jurídica, o processo administrativo, com o relatório final da comissão processante, será remetido à autoridade instauradora para julgamento (art. 12 da LIPJ), o qual não ficará vinculado à conclusão da comissão (art. 9º, § 6º, do Decreto n.º 8.420/2015).

⁵⁸⁸ O princípio do devido processo legal na legislação brasileira, como direito fundamental, está previsto no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”) e sua aplicação no processo administrativo está igualmente alçada à categoria de direito fundamental pelo inciso LV do mesmo art. 5º, o qual assegura aos litigantes em geral a observância do contraditório e da ampla defesa e os recursos a ela inerentes, fortalecendo, assim, este importante instrumento da atuação administrativa-estatal.

Caso seja acolhida a imputação, a autoridade responsável pelo julgamento do PAR poderá condenar a pessoa jurídica, isolada ou cumulativamente, no pagamento de multa administrativa e na publicação extraordinária da decisão condenatória (art. 6º, inciso I e II, da Lei n.º 12.846/2013).⁵⁸⁹ Para que o julgador possa superar os conceitos vagos ou indeterminados presentes na redação do art. 7º da LIPJ e, assim, possa calcular a multa com um grau maior de precisão, o Decreto n.º 8.420, de 18 de março de 2015, criou um complexo sistema aritmético, que passa por cinco etapas: a) identificação da vantagem auferida ou pretendida; b) soma dos percentuais referentes às agravantes (art. 17); c) subtração dos percentuais referentes às atenuantes (art. 18); d) calibragem do valor mínimo da multa, qual seja, o *maior valor* entre a vantagem auferida (ou pretendida) e 0,1% do faturamento bruto no exercício anterior, excluídos os tributos, ou, no mínimo, R\$6.000,00, caso a pessoa jurídica não possua faturamento bruto (art. 19); e) calibragem do valor máximo da multa, qual seja, o menor valor entre o triplo da vantagem auferida (ou pretendida) e 20% do faturamento bruto no exercício anterior, excluídos os tributos, ou, no máximo, R\$60.000.000,00, caso a pessoa jurídica não possua faturamento bruto (arts. 20 e 22, parágrafo único).

A autoridade administrativa incumbida do julgamento, na dosimetria das penalidades a serem aplicadas, deverá dar especial atenção para eventual tese defensiva de implementação prévia de um *programa de integridade efetivo* na pessoa jurídica, a qual, se confirmada, deverá importar em abrandamento na gradação das sanções em patamar superior ao das demais atenuantes. A devida avaliação a esse respeito já deve fazer parte integrante do relatório final da comissão processante, observando-se sempre os requisitos estabelecidos na Portaria CGU n.º 909, de 7 de abril de 2015.

É importante ressaltar que a aplicação de sanções administrativas não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado (art. 6º, § 3º, da LIPJ), da mesma forma que o fato de a pessoa jurídica já ter reparado o prejuízo suportado pelo erário também não a isenta da aplicação das sanções (art. 13 da LIPJ). É importante destacar que esse ressarcimento não pode ser determinado na decisão final do PAR, devendo a autoridade julgadora apenas constatar sua ocorrência e, ao final, determinar que seja comunicada à Advocacia Pública ou ao órgão de assistência jurídica próprio para a adoção das providências judiciais cabíveis.

⁵⁸⁹ Sobre as multas administrativas, consultar, neste Capítulo, Item 2.6.1.

Proferida a decisão administrativa pela autoridade julgadora no processo administrativo de responsabilização, deverá a mesma ser publicada no Diário Oficial da União e no sítio eletrônico do órgão ou entidade pública responsável pela instauração do PAR (art. 10 do Decreto n.º 8.420/2015).

4.1.5 Recurso administrativo

O sistema recursal do processo administrativo de responsabilização talvez seja o ponto de maior fragilidade de toda a regulamentação. Isso porque, de acordo com o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e *recursos* a ela inerentes”. Entretanto, o Decreto n.º 8.429/2015 trouxe a esse respeito tão somente a seguinte previsão:

Art. 11. Da decisão administrativa sancionadora cabe *pedido de reconsideração* com efeito suspensivo, no prazo de dez dias, contado da data de publicação da decisão.

§ 1º A pessoa jurídica contra a qual foram impostas sanções no PAR e que não apresentar pedido de reconsideração deverá cumpri-las no prazo de trinta dias, contado do fim do prazo para interposição do pedido de reconsideração.

§ 2º A autoridade julgadora terá o prazo de trinta dias para decidir sobre a matéria alegada no pedido de reconsideração e publicar nova decisão.

§ 3º Mantida a decisão administrativa sancionadora, será concedido à pessoa jurídica novo prazo de trinta dias para cumprimento das sanções que lhe foram impostas, contado da data de publicação da nova decisão.

Ora, *pedido de reconsideração* não é um recurso, mas uma simples petição pela qual se provoca o mesmo julgador a decidir novamente questões das quais poderia conhecer independentemente dessa provocação e, como se sabe, pacífica é a tese de que, se a Administração praticou ato ilegal, pode anulá-lo por seus próprios meios (STF, Súmula n.º 473). Ainda que se considerasse o pedido de reconsideração um recurso, faltar-lhe-ia o *efeito devolutivo* para propiciar o reexame daquilo que foi decidido por outro órgão ou autoridade julgadora.⁵⁹⁰

A lacuna deixada pelo legislador a esse respeito não pode ser preenchida nem mesmo pela Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula, de modo geral, o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Isso porque o recurso administrativo ali regulado será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco

⁵⁹⁰ “Chama-se *devolutivo* ao efeito do recurso consistente em transferir ao órgão ad quem o conhecimento da matéria julgada em grau inferior de jurisdição. [...] Quando a lei, a título de exceção, atribui competência ao próprio órgão a quo para reexaminar a matéria impugnada, o efeito devolutivo ou *não existe* (como nos embargos de declaração), ou fica *diferido*, produzindo-se unicamente após o juízo de retratação: assim no agravo retido (art. 523, § 2º, na redação da Lei n.º 9.139)” (BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565, Rio de Janeiro, Forense, 2006, pp. 259-261).

dias, o encaminhará à *autoridade superior* (§ 1º do art. 56). Ora, como o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica já cabe à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (art. 8º, *caput*, da LIPJ), a aplicação da regra conduziria eventuais recursos administrativos, em tese, ao Presidente da República, ao Presidente do Congresso Nacional e ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, o que, além de não atender ao mínimo critério de razoabilidade, criaria um enorme embaraço procedimental que não atende ao devido processo legal administrativo e viola o texto constitucional.⁵⁹¹

A permanecer como está a legislação, toda a decisão emanada de um processo administrativo de responsabilização comportará a impetração de *mandado de segurança* perante o Poder Judiciário para discutir o seu mérito pelo simples fato de inexistir previsão legal de recurso administrativo próprio para impugná-la, conclusão, essa, que se extrai, *a contrario sensu*, do inciso I do art. 5º da Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009.⁵⁹²

4.1.6 Efeitos secundários da condenação: Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) e o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas (CNEI)

Transitada em julgado a decisão condenatória, uma série de providências devem ser adotadas pela autoridade administrativa julgada. Em primeiro lugar, deverá diligenciar no sentido de providenciar o registro das penalidades aplicadas no Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP – e no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS –, conforme o caso (art. 21 da Portaria CGU n.º 910/2015), observando-se sempre o procedimento regulado na Instrução Normativa CGU n.º 2, de 7 de abril de 2015, que regula o registro de informações em ambos os cadastros.

O CNEP e o CEIS, mantidos pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União e criados pelos arts. 22 e 23 da Lei n.º 12.846/2015, possuem por objetivo central reunir e dar publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base na Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas (CNEP) e na Lei de Licitações (CEIS).

⁵⁹¹ “É interessante ainda lembrar que essa importância constitucional dos recursos não deve ser vista unicamente no plano do processo judicial. Também no processo administrativo deve ser assegurado às partes o direito de recorrer das decisões proferidas pelos agentes públicos. O direito à ampla defesa não se restringe ao processo judicial, sendo a Constituição Federal, quanto a esse aspecto, expressa, quando se refere ao mencionado art. 5º, LV, aos litigantes, em processo judicial ou *administrativo*” (JORGE, *Teoria geral dos recursos cíveis*, 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 29-20).

⁵⁹² Art. 5º da Lei n.º 12.016/2009. Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: I – de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; [...].

No que tange à multa administrativa eventualmente aplicada, caso não ocorra o pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública (art. 13, parágrafo único, da LIPJ), comunicando-se à Advocacia Pública ou ao órgão de assistência jurídica próprio para a adoção das providências judiciais cabíveis. Além disso, se no relatório da comissão processante tiver ficado registrada a ocorrência de eventuais ilícitos a serem apurados em outras instâncias, deverá a autoridade julgadora encaminhá-lo ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União e seus órgãos vinculados, no caso de órgãos da Administração Pública direta, autarquias e fundações públicas federais; ou ao órgão de representação judicial ou equivalente no caso de órgãos ou entidades da Administração Pública não abrangidos pelo inciso II (§ 5º do art. 9º do Decreto n.º 8.420/2015).

Por último, no tocante à reabilitação, vale registrar que o *caput* do art. 9º da Instrução Normativa CGU n.º 2/2015 estabelece que “[o] registro de penalidade que contar com a informação de data final do efeito limitador ou impeditivo da punição será automaticamente retirado do CEIS ou do CNEP na data indicada”. Por outro lado, no tocante às penalidades registradas no CEIS com fundamento no art. 87, inciso IV, da Lei n.º 8.666, de 1993, no art. 33, inciso V, da Lei n.º 12.527, de 2011, ou em quaisquer outras normas que exijam reabilitação, deverão as pessoas físicas e jurídicas interessadas pleiteá-la diretamente no órgão ou entidade que aplicou a sanção, cabendo exclusivamente a este a atualização do Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP, conforme prescrição do parágrafo único do mesmo artigo.

4.2 ACORDO DE LENIÊNCIA

4.2.1 Origens, conceito e objetivos do acordo de leniência

A Lei da Integridade das Pessoas Jurídicas (LIPJ) traz, dentre suas novidades, a possibilidade de o Poder Público celebrar *acordos de leniência* com as empresas que se envolverem em atos ilícitos contra a Administração Pública, uma modalidade do chamado *direito premial*, o qual, a partir de um ajuste formalizado entre o Poder Público investigante e a pessoa jurídica infratora, tem como objetivo a obtenção de provas informações acerca da prática ilícita e como contrapartida a lene da punição, ou seja, o abrandamento ou a suavização das sanções previstas em lei.

Atribui-se a origem do instituto à conhecida *Operação Mãos Limpas* (*Mani Pulite*) que, de fevereiro de 1992 até o seu final, gerou a expedição de quase três mil mandados de prisão e levou centenas políticos italianos para a cadeia.⁵⁹³ Nessa operação, a principal estratégia de ação adotada pelos magistrados era a de incentivar os investigados a colaborar com a Justiça, os quais, na condição de “arrepentidos” (*pentiti*), confessavam seus crimes e revelavam a participação de outros em troca de benefícios legais, estratégia, esta, considerada decisiva principalmente em se tratando de casos de corrupção endêmica:

Registre-se que crimes contra a Administração Pública são cometidos às ocultas e, na maioria das vezes, com artifícios complexos, sendo difícil desvelá-los sem a colaboração de um dos participantes. Conforme Piercamillo Davigo, um dos membros da equipe milanese da operação mani pulite: ‘A corrupção envolve quem paga e quem recebe. Se eles se calarem, não vamos descobrir, jamais’.⁵⁹⁴

Muitos atribuem as ideias que serviram de base para o *direito premial* à hipótese mais conhecida da teoria dos jogos: o *dilema do prisioneiro*⁵⁹⁵ (Albert W. Tucker, 1950), o qual possui aplicação em diversas áreas do conhecimento. A situação proposta envolve dois suspeitos, A e B, que são presos pela polícia, mas esta não possui provas suficientes para indiciá-los. Por isso, separando os prisioneiros, a autoridade policial oferece a ambos, concomitantemente, as seguintes possibilidades: se apenas um dos prisioneiros confessar e apontar a participação do outro, aquele que confessou sairá livre, enquanto o cúmplice silencioso cumprirá dez anos de prisão; se ambos confessarem, cada um ficará cinco anos na prisão; se ambos ficarem em silêncio, a polícia só poderá mantê-los presos por seis meses. Cada prisioneiro toma a sua decisão sem saber que decisão o outro tomará.

A questão que o dilema propõe é: como cada um dos prisioneiros reagirá? Para qualquer um dos prisioneiros, o melhor resultado possível é não confessar e, ao mesmo tempo, seu parceiro também permanecer calado. Entretanto, em uma análise racional realizada por qualquer dos prisioneiros, ele concluirá que, seja qual for a opção do parceiro, ele obterá vantagens se trair e, nessa linha de raciocínio, provavelmente ambos chegarão à mesma conclusão. Essa lógica proporcionará a ambos cinco anos de cadeia.

⁵⁹³ BARBACETTO/GOMEZ/TRAVAGLIO, M., *Operação Mãos Limpas: a verdade sobre a operação italiana que inspirou a Lava Jato*, Porto Alegre, Citadel, 2016.

⁵⁹⁴ MORO, *op. cit.*, p. 58.

⁵⁹⁵ FIANI, R., *Teoria dos Jogos – com aplicação em Economia, Administração e Ciências Sociais*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Editora Campus Elsevier, 2015..

É importante destacar que no Projeto de Lei n.º 6.826/2010, que resultou na Lei n.º 12.846/2013, não havia previsão da possibilidade de celebração de acordos de leniência. Em verdade, o instituto foi introduzido ao projeto de lei original a partir de um voto em separado lançado, em 13 de junho de 2012, pelo então Deputado Federal Eduardo Cunha (PMDB-RJ), o qual, posteriormente, foi eleito presidente da Câmara dos Deputados e, na sequência, teve seu mandato cassado, no ano de 2016, em razão de seu envolvimento na denominada Operação Lava Jato e de responder pela prática de diversos crimes de corrupção. O substitutivo apresentado contendo o acordo de leniência acabou aprovado por uma Comissão Especial da Câmara dos Deputados em 24 de abril de 2013, razão pela qual pode-se afirmar, sem qualquer dúvida, até por força de sua própria construção normativa, que o instituto de direito premial da LIPJ tem por base seu homólogo da Lei n.º 12.529/2011.

De qualquer modo, o objetivo central, sem dúvida nenhuma, envolve a preservação do núcleo da atividade produtiva, a partir do princípio da *função social da empresa*, segundo o qual ela deve servir os interesses da sociedade enquanto mecanismo de indução à geração de trabalho e riqueza, evitando-se, sempre que possível, sua completa extinção. Um conceito bastante completo do instituto é oferecido por Rodrigo Paiva:

O acordo de leniência consiste numa espécie de colaboração premiada, num acordo entre o Poder Público e uma pessoa jurídica, geralmente uma empresa, onde esta colabora efetivamente com as investigações e com a produção de provas da prática de corrupção da qual tenha participado, resultando na identificação das demais empresas e pessoas envolvidas. Como prêmio, como recompensa por sua colaboração, terá direito a uma redução de até dois terços do valor da multa aplicável e a isenção da sanção de publicação da notícia que divulgaria sua participação e condenação em prática de corrupção.⁵⁹⁶

O acordo de leniência busca, na prática, o estímulo às denúncias espontâneas e a obtenção de resultados efetivos na apuração, como a identificação dos demais envolvidos na infração, a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito em tela e a prevenção de ocorrência de novos atos lesivos. Apesar de constituir *importante ferramenta de investigação*, não há nenhuma dúvida de que o acordo de leniência também funciona como *poderoso instrumento de defesa*, já que sua celebração pode implicar a mitigação das sanções aplicáveis à pessoa jurídica em relação à qual está sendo imputada responsabilização por qualquer dos atos lesivos descritos da LIPJ.

⁵⁹⁶ PAIVA, *op. cit.*, pp. 559-560.

Por esse motivo, deve-se admitir sua celebração mesmo em relação a condutas ilícitas praticadas antes da entrada em vigor da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas. Argumentar-se-ia qual seria o interesse da pessoa jurídica em celebrar o acordo de leniência nessa situação, haja vista que não pode ela ser sancionada por atos lesivos que, apesar de previstos na LIPJ, foram praticados *antes* de sua entrada em vigor. É que, por força do art. 17 da Lei n.º 12.846/2013, o acordo de leniência pode também abranger as sanções previstas na Lei de Licitações e, por isso, poderá ele ser celebrado inclusive em relação aos ilícitos descritos na Lei n.º 8.666/93 – e coincidentes com os atos lesivos descritos na LIPJ – praticados antes de 29 de janeiro de 2014. Além disso, como já examinado, antes da entrada em vigor da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas, a pessoa jurídica era responsabilizada pela prática de atos de improbidade administrativa, à luz do art. 3º da Lei n.º 8.429/92, desde que se comprovasse o dolo, havendo, ainda, muitos processos nesse sentido em tramitação cujo objeto gravita em torno de fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei n.º 12.846/2013.⁵⁹⁷

Os preceitos do acordo de leniência e a Lei de Defesa da Improbidade Administrativa, aliás, são totalmente compatíveis, inclusive porque o primeiro, de acordo com o § 2º do art. 16 da Lei n.º 12.846/2013, incidirá sempre nas sanções de “proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público” e de “multa civil”, sanções, estas, também previstas na Lei n.º 8.429/92 e, por isso, passíveis de aplicação às pessoas jurídicas que concorrem, instigam ou se beneficiam da prática de atos de improbidade administrativa (art. 3º da Lei de Defesa da Probidade Administrativa). A conclusão, assim, é no sentido de que, pelo menos no que tange à aplicação da multa, a Lei n.º 12.846/2013 *derrogou* o § 1º do art. 17 da Lei n.º 8.429/92⁵⁹⁸, eis que, doravante, deve ser plenamente admitida a celebração de acordos de leniência com pessoas jurídicas envolvidas em atos de improbidade administrativa que guardem subsunção com os atos lesivos na Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas, tanto na fase pré-processual como no curso do processo⁵⁹⁹, observados, obviamente, os requisitos legais.

⁵⁹⁷ A única restrição quanto à retroatividade dos acordos de leniência seria em torno do valor da prova em relação aos demais envolvidos no ilícito, pois, nesse caso, poder-se-ia argumentar acerca da retroatividade *in malam partem*: “[...] um dos pressupostos do acordo de leniência é a identificação dos demais envolvidos na prática do ato ilícito. Entretanto, para esses responsáveis identificados no bojo do acordo de leniência, a retroatividade da norma os estará prejudicando. Isso porque, caso não houvesse a aplicação da norma de forma retroativa, a administração pública não teria conhecimento da prática do ilícito por esses coautores. [...] Chega-se, então, à terceira e última constatação, qual seja, averiguar em que medida a celebração do acordo de leniência se justifica. Ora, se a identificação dos demais envolvidos não terá valia, o acordo terá de ser justificado mais fortemente por outras razões. Assim, caberá à autoridade pública averiguar, em que medida as informações fornecidas pela proponente efetivamente justificam a celebração do acordo e a consequente atenuação das sanções aplicáveis” (ZYMLER/DIOS, *Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013): uma visão do controle externo*, *op. cit.*, pp. 151-152).

⁵⁹⁸ Art. 17 da Lei n.º 8.429/92. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput* – grifos nossos.

⁵⁹⁹ “Se há uma mudança nos padrões valorativos da sociedade, nada mais razoável do que estender essa mudança ao passado, reconhecendo uma evolução do padrão axiológico, preservando-se, assim, o princípio constitucional da igualdade e os valores relacionados à justiça e à atualização das normas jurídicas que resguardam direitos fundamentais. O engessamento de normas defasadas e injustas não traria nenhuma

A despeito das críticas que o acordo de leniência sofre, assim como também sofre o instituto da *colaboração premiada* no campo penal, quando se decide aplicar os recursos da lei, o grau de dano social deve ser a variável mais importante: o que é mais importante, diminuir as sanções que seriam aplicadas àquele que se envolve com práticas ilícitas, mas que, flagrado, colabora com a Justiça, ou desbaratar um sistema corrupto que contamina o tecido social?

4.2.2 A colaboração premiada, o acordo de leniência da Lei do CADE e o termo de ajustamento de conduta

A Lei n.º 9.034, de 3 de maio de 1995, foi, em se tratando de direito premial, uma das pioneiras no ordenamento jurídico brasileiro ao tratar da *delação premiada* nos seguintes termos: “Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria” (art. 6º).

O instituto, entretanto, praticamente não teve aplicação concreta até a entrada em vigor da Lei n.º 12.850, de 2 de agosto de 2013, a qual, na Seção I de seu Capítulo II, disciplinou minuciosamente, em quatro artigos, a chamada *colaboração premiada* no âmbito criminal (arts. 4º a 7º). Segundo a previsão do art. 4º, “[o] juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Já o § 2º desse mesmo art. 4º prevê a participação decisiva do Ministério Público na celebração dos acordos de colaboração premiada, o qual, considerando a relevância das informações prestadas, poderá até requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao

vantagem social. A retroatividade decorre de um imperativo ético de atualização do Direito Punitivo, em face dos efeitos da isonomia” (OSÓRIO, *Direito Administrativo Sancionador*, op. cit., p. 289).

colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, isentando-o completamente da aplicação de qualquer sanção.

Entretanto, bem antes da entrada em vigor da Lei n.º 12.850/2013, uma outra lei – a de n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011 – já tratava, em seu art. 86, do *acordo de leniência* no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)⁶⁰⁰, permitindo a celebração de pactos dessa natureza com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica. A celebração dos *acordos de leniência*, segundo essa legislação, acarreta a extinção da ação punitiva da Administração Pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, desde que os envolvidos colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo. Além disso, dessa colaboração deve resultar não apenas na identificação dos demais envolvidos no ato ilícito, mas também na obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

A Lei Antitruste destaca, no § 1º desse mesmo art. 86, que o acordo de leniência somente poderá ser celebrado com a empresa que, além de cessar o seu envolvimento com a infração, venha a se qualificar em *primeiro lugar* com respeito à infração noticiada ou sob investigação. O requisito em questão, diga-se de passagem, é próprio para o enfrentamento de situações nas quais os empresários se unem e formam os cartéis com a intenção de garantir a segurança de seus negócios e potencializar os lucros. Isso porque a certeza de que apenas o primeiro a delatar estará apto a receber determinados benefícios legais gera entre os associados uma certa desconfiança, principalmente quando a situação foge um pouco do controle, o que, via de consequência, enfraquece a estrutura do grupo. É essa, aliás, a própria origem da exigência legal:

Concretamente, a tendência a esse respeito, em âmbito da Defesa da Concorrência, é percebida, em um primeiro momento, nos Estados Unidos da América, com o chamado *Leniency Program*, de 1978. Ele foi instituído pelo Departamento de Justiça visando a concessão de anistia em troca de informações dadas pelo primeiro proponente a deletar o conluio à autoridade antitruste.⁶⁰¹

⁶⁰⁰ Art. 86 da Lei n.º 12.529/2011. O CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I – a identificação dos demais envolvidos na infração; e II – a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

⁶⁰¹ SILVEIRA, “O acordo de leniência na Lei Anticorrupção”, in *Revista dos Tribunais*, n.º 103, vol. 947, setembro de 2014, p. 162. Esse programa de leniência implementado pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos em 1978 foi substancialmente revisado através de uma *Política de Leniência Corporativa* em 1993 e também de uma *Política de Leniência para Indivíduos* em 1994. Através dos programas de leniência da Divisão, uma empresa pode evitar a condenação criminal e a aplicação de multas, assim como indivíduos podem evitar a condenação criminal, a prisão e as multas sendo o primeiro a confessar sua participação em uma violação criminal antitruste, cooperando plenamente com a Divisão e cumprindo outras condições específicas. Para que ocorra a celebração de um acordo de leniência, a empresa precisa adotar programas de compliance e controles internos, além de pagar as penalidades e ressarcir os prejuízos causados ao erário, inclusive aqueles decorrentes da própria investigação. Precisam, também, admitir sua culpa, eliminar as práticas criminosas e não podem afastar ou punir os funcionários envolvidos, devendo, inclusive, se esforçar para que os mesmos participem ativamente no fornecimento de provas.

A grande vantagem do acordo de leniência celebrado perante o CADE se apresenta no sentido que, em caso de cumprimento de todas as suas cláusulas, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes contra a ordem econômica e de quaisquer crimes relacionados à prática de cartel, sem falar que, desde a sua celebração, já fica suspenso o curso do prazo prescricional e há o impedimento de propositura da correspondente ação penal com relação ao agente beneficiário da leniência (art. 87 da Lei n.º 12.529/2011). O sistema do CADE, assim, gera a segurança necessária para os interessados em celebrar o acordo de leniência, inclusive porque o Ministério Público Federal funciona como interveniente em todos os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica (art. 20).

Merece registro, por derradeiro, o fato de que, apesar de o art. 21, *caput*, da Lei n.º 12.846/2013 estabelecer que, nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei da Ação Civil Pública, o chamado “termo de compromisso de ajustamento de conduta”, previsto nesta lei⁶⁰², não se confunde com o acordo de leniência por ficar circunscrito ao ressarcimento integral do dano causado à Administração Pública, uma vez que, no aspecto sancionatório, os requisitos a serem obrigatoriamente observados são aqueles previstos nos arts. 16 e 17 da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas.

4.2.3 Requisitos e garantias para celebração do acordo de leniência da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas

Exatamente por importar em renúncia de parcela do poder sancionatório estatal, o acordo de leniência somente poderá ser celebrado mediante o preenchimento de uma série de condicionantes estipuladas expressamente no texto legal, em relação às quais a autoridade pública responsável por sua celebração não pode abdicar, salvo por razões de afronta ao texto constitucional. Nesse sentido, os incisos do *caput* e do § 1º do art. 16 da Lei n.º 12.846/2013 exigem o seguinte: (a) a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; (b) a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração; (c) ser a pessoa jurídica a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do

Em caso de recusa, esses funcionários perderão os benefícios e serão processados como pessoas físicas. Cabe à pessoa jurídica contratar um auditor privado independente, o qual reportará as mudanças identificadas às autoridades e à própria companhia. Mais informações em HAMMOND/BARNETT, “Frequently asked questions regarding the Antitrust division’s leniency program and model leniency letters (November 19, 2008)”, Department of Justice, United States of America, 2008 [disponível em <https://www.justice.gov/atr/file/810001/download>, acesso em 25 de novembro de 2016].

⁶⁰² Art. 5º, § 6º, da Lei n.º 7.347/85. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

ato ilícito; (d) a completa cessação da participação da pessoa jurídica no ilícito; (e) a admissão pela pessoa jurídica de sua participação no ato lesivo; e (f) cooperação plena e permanentemente com as investigações.

Os dois primeiros requisitos muito bem demonstram que não basta uma *colaboração passiva*, ou seja, não é suficiente a mera observância do dever de comparecimento a todos os atos do processo administrativo de responsabilidade, devendo a pessoa jurídica tomar a iniciativa de desenvolver atividades e diligências capazes de contribuir para o devido esclarecimento dos fatos. Aliás, a esse respeito, vale observar que o acordo de leniência ainda poderá estipular outras condições para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo (art. 16, § 4º, da LIPJ), inclusive a implementação ou melhoria dos mecanismos internos de integridade, auditoria e incentivo às denúncias de irregularidades⁶⁰³, a fim de que a pessoa jurídica realize investigações internas acerca dos atos lesivos descritos na lei e compartilhe seus resultados com as autoridades competentes.

Isso se deve ao fato de que o acordo de leniência, isoladamente considerado, deverá sempre ser considerado apenas um *instrumento de investigação*, o que significa, em outras palavras, que as informações prestadas pela leniente não podem ser caracterizadas como provas, nem sequer como indícios, razão pela qual não podem ser utilizadas a título de fundamentação em processo administrativo ou judicial. O caso é de aplicação, via Microsistema Brasileiro de Prevenção e Combate à Corrupção, do § 16 do art. 4º da Lei nº 12.850/2013, segundo o qual “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

Outro requisito (c) envolve o registro da manifestação de vontade da pessoa jurídica em colaborar quanto à elucidação de determinado ato lesivo capitulado na Lei nº 12.846/2013 antes dos demais envolvidos.⁶⁰⁴ Aqui fica nítida a influência do sistema de acordos de leniência do CADE, pois o requisito destacado é absolutamente idêntico àquele previsto no inciso I do § 1º do art. 86 da Lei nº 12.529/2011. A exigência na Lei Antitruste se justifica plenamente, até porque a lida diretamente com questões afetas à cartelização, fazendo todo o sentido a geração de uma ruptura da relação de confiança estabelecida entre os integrantes do cartel exatamente a partir das premissas do *dilema do prisioneiro*. Por outro lado, esse requisito nem sempre é

⁶⁰³ Esta exigência chegou a constar expressamente como requisito para os acordos de leniência durante a vigência da Medida Provisória nº 703/2015, mas a mesma perdeu a validade por não ter sido ratificada pelo Congresso Nacional.

⁶⁰⁴ Esta exigência chegou a ser eliminada do rol de requisitos para celebração dos acordos de leniência pela Medida Provisória nº 703/2015, mas a mesma, como já ressaltado, perdeu a validade por não ter sido ratificada pelo Congresso Nacional.

justificável na Lei de Integridade de Pessoas Jurídicas, pois, como já demonstrado na descrição de seus atos lesivos (Capítulo III, Item 2.5), nem sempre as pessoas jurídicas que participam de um mesmo evento ilícito estão organizadas de modo cartelizado.⁶⁰⁵ O Ministério Público Federal, inclusive, por ocasião da vigência da Medida Provisória n.º 703/2015, emitiu *nota técnica* sustentando a possibilidade de uma ou mais empresas celebrarem acordo de leniência em relação ao mesmo ato lesivo, desde que essas tragam informações acerca de fatos ainda não conhecidos ou provados:

Caso se pretenda avançar na possibilidade de mais de uma pessoa jurídica firmar acordo de leniência pelo mesmo fato, é preciso firmar alguns marcos teóricos seguros para não se fragilizar a essência do acordo e o estímulo do rompimento do silêncio pelo primeiro a colaborar (*dilema do prisioneiro*). Assim, nas situações de cartel, a leniência só poderia ser firmada com a primeira empresa disposta colaborar com as autoridades, de modo que continuaria valendo a tese do dilema do prisioneiro. Isso porque, numa situação de cartel, basta a colaboração de uma empresa para se desnudar a combinação dos demais interessados. Por outro lado, para situações diversas da de cartel, a celebração de acordo de leniência seria cabível com mais de uma empresa, desde que a primeira seja a única que pode receber um benefício maior (redução ou remissão de multa e permissão para contratar e receber benefícios e incentivos do Poder Público) e a(s) outra(s), além de receberem um menor benefício (apenas redução da multa e não publicação extraordinária de decisão condenatória), deve apresentar fatos novos, pois os primeiros fatos, em tese, já devem ser esclarecidos pela primeira empresa celebrante, sob pena do acordo ter sido mal negociado.⁶⁰⁶

Entretanto, como a Medida Provisória n.º 703/2015, que regulou de modo diferente essa questão, perdeu a validade por não ter sido ratificada pelo Congresso Nacional, resta o texto de lei em vigor, o qual merece ser interpretado *cum grano salis*:

Essa constatação da suficiência das informações e documentação pode não ser tão simples em casos envolvendo esquemas complexos de corrupção, como é o caso dos atos investigados no âmbito da Operação Lava Jato. Mas, nesse caso, seria possível, a nosso ver, interpretar o requisito legal de ‘primeira colaboração’ como a colaboração suficiente a permitir a instauração de uma ação relacionada a um determinado ato de corrupção (*i.e.* fraude em licitação). Novas colaborações que permitam a persecução de novos atos de corrupção relacionados, mas não abrangidos por um acordo de leniência já celebrado (*i.e.* utilização do dinheiro de propina para financiamento eleitoral) seriam as primeiras colaborações sobre um novo ato de corrupção.⁶⁰⁷

⁶⁰⁵ Mesmo no sistema do CADE, as demais empresas que se dispuserem a denunciar ainda poderão obter alguns benefícios: “Na leniência anticoncorrencial esse benefício penal se dá ao primeiro denunciante que delata condutas desconhecidas pelo CADE, já os demais denunciante que são identificados em consequência da primeira leniência, se auxiliarem no esclarecimento de fatos novos, terão os benefícios administrativos e cíveis por meio de Termo de Cessação de Conduta ou o Acordo de Leniência Plus, como redução de multa e outras sanções, mas não os penais” (MORAIS/BONACCORSI, *op. cit.*, p. 104).

⁶⁰⁶ BRASIL, Ministério Público Federal, 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção, Nota Técnica n.º 01/2016 – 5ª CCR, de 04 de maio de 2016 (Análise o relatório com proposta legislativa do deputado federal Paulo Teixeira (PT-SP), relator da comissão mista para apreciação da Medida Provisória 703/2015, que trata de acordo de leniência no âmbito da Lei 12.846/2013) [disponível em <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NotaTecnica5CCRMP703analisedoparecerPauloTeixeira.pdf>, acesso em 15 de novembro de 2016].

⁶⁰⁷ FIDALGO/CANETTI, “Os acordos de leniência na Lei de Combate à Corrupção”, in *Lei Anticorrupção e temas de compliance*, org. J. M. SOUZA, et al., 2ª ed., Salvador, JusPodivm, 2017, pp. 359-360.

Devem, por todos esses motivos, ser admitidos novos acordos de leniência em um mesmo caso, desde que aqueles celebrados de modo subsequente tragam novos fatos, envolvidos e provas.⁶⁰⁸ É claro que, na gradação dos benefícios a serem obtidos pelas pessoas jurídicas que celebrarem múltiplos acordos de leniência, aquela que se apresentou em primeiro lugar deverá sempre obter uma vantagem bem superior às demais, como forma de prestigiar a iniciativa que ofertou condições consideráveis às autoridades investigantes de romper as barreiras do esquema lesivo.

O quarto requisito (d) trata da completa cessação da participação da pessoa jurídica no ilícito. Isso pode ser demonstrado, por exemplo, pela comprovação da demissão do funcionário da empresa que se envolveu diretamente com o ato lesivo, exatamente para demonstrar que se tratou de um caso isolado que nenhuma relação guarda com as políticas internas da empresa.

O quinto requisito (e) para celebração do acordo de leniência é explicitamente inconstitucional, vez que “a admissão da participação no ilícito” acaba não apenas por violar a garantia constitucional contra a autoincriminação (art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal), mas também o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁶⁰⁹, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por força do Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992.

Ademais, a imposição desta exigência à pessoa jurídica como condição para o acordo de leniência certamente importaria em um total desestímulo à sua celebração, eis que, a partir de sua *confissão*, ficaria ela exposta, com poucas chances de defesa, à aplicação de penalidades decorrentes de ato de improbidade administrativa e das sanções judiciais previstas nos incisos I a III do art. 19 da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas. Vale lembrar que, por força do art. 15 da Lei n.º 12.846/2013, o Ministério Público será cientificado⁶¹⁰ da conclusão do processo administrativo de responsabilização (PAR) e, nesse caso, tomará conhecimento de todos os atos administrativos nele praticados, inclusive o reconhecimento pelos representantes da pessoa jurídica de que esta participou diretamente do ato lesivo, caso tenha sido celebrado um acordo de leniência. Por isso, trata-se de requisito que pode, por fundamentos constitucionais, ser desconsiderado durante a negociação para formalização do acordo de leniência.⁶¹¹

⁶⁰⁸ É por esse motivo que o Decreto n.º 8.420/2015, que regulamenta a Lei n.º 12.846/2013 no plano federal, prevê, em seu art. 30, inciso I, que “a pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, *quando tal circunstância for relevante*”.

⁶⁰⁹ Art. 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, n.º 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...] g) de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

⁶¹⁰ Art. 15 da Lei n.º 12.846/2013. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.

⁶¹¹ A exigência da confissão, por esses motivos, também chegou a ser eliminada do rol de requisitos para celebração dos acordos de leniência pela Medida Provisória n.º 703/2015, mas a mesma, como já ressaltado, perdeu a validade por não ter sido ratificada pelo Congresso Nacional.

O último requisito (f) impõe à pessoa jurídica o dever de cooperar plena e permanentemente com as investigações, inclusive fornecendo informações, documentos e elementos que comprovem a infração administrativa. Deverá a mesma, para tanto, apresentar o *histórico dos atos lesivos*, ou seja, o detalhamento documentado dos atos lesivos do qual tomou conhecimento em face do envolvimento de pessoas de seu quadro funcional ou que agiram em seu nome, delimitando-se, assim, o escopo do acordo. A partir desse documento, a pessoa jurídica assume o compromisso de apresentar as provas do histórico dos atos lesivos, a relação dos contratos considerados contaminados pelos atos lesivos e a relação de pagamentos indevidos, se realizados. Além disso, deverá indicar as medidas adotadas para fazer cessar a conduta e identificar as pessoas físicas diretamente envolvidas.

Dada a importância do acordo de leniência, principalmente para as investigações mais complexas, a lei, em verdade, deve criar incentivos e garantias à sua celebração. É por esse motivo que a Lei n.º 12.846/2013 deixa expresso que, caso o instrumento não seja, ao final, devidamente formalizado por fracasso nas tratativas, todas as tentativas nesse sentido de modo algum poderão ser consideradas como reconhecimento da prática do ato ilícito investigado (art. 16, § 7º). Além disso, garante-se a confidencialidade durante toda a negociação, podendo o mesmo ser até estendido após a celebração em prol do interesse do resultado das investigações e do processo administrativo (art. 16, § 6º).

Preenchidos todos os requisitos e coletadas as assinaturas no respectivo documento, o acordo de leniência terá natureza de título executivo extrajudicial.⁶¹²

4.2.4 Benefícios, riscos e desvantagens do acordo de leniência

O modelo brasileiro de acordo de leniência previsto na Lei n.º 12.846/2013 prevê a isenção em favor da pessoa jurídica celebrante das sanções previstas no inciso II do art. 6º (publicação extraordinária da decisão condenatória) e no inciso IV do art. 19 (proibição de receber recursos públicos). Havendo coincidência entre o ato lesivo da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas e o ilícito administrativo da Lei de Licitações⁶¹³, ainda poderá ocorrer, no mesmo acordo, a

⁶¹² Art. 37 do Decreto n.º 8.420/2015. O acordo de leniência conterá, entre outras disposições, cláusulas que versem sobre: I – o compromisso de cumprimento dos requisitos previstos nos incisos II a V do *caput* do art. 30; II – a perda dos benefícios pactuados, em caso de descumprimento do acordo; III – a natureza de título executivo extrajudicial do instrumento do acordo, nos termos do inciso II do *caput* do art. 585 da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973; e IV – a adoção, aplicação ou aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo III.

⁶¹³ “Ressalte-se que a norma não exige, ao menos não expressamente, que esses atos ilícitos previstos na Lei n.º 8.666/1993 sejam também enquadrados na Lei Anticorrupção. Entretanto, em análise sistemática da Lei Anticorrupção, verifica-se que foge aos objetivos e finalidade da norma a extensão dos acordos de leniência a fatos não tipificados na Lei Anticorrupção. A própria razão de ser do acordo de leniência indica

isenção total das sanções administrativas previstas na Lei n.º 8.666/93⁶¹⁴, referência, esta, que, diga-se de passagem, deve ser interpretada extensivamente em favor de todas as outras leis que regulam as licitações públicas no Brasil⁶¹⁵, inclusive em razão da orientação do próprio Decreto n.º 8.420/2015.⁶¹⁶ Assim, podem ser objeto do contrato de leniência a isenção da sanção de suspensão temporária de participação em licitações, o impedimento de firmar contratos administrativos e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (art. 87, incisos III e IV, da Lei n.º 8.666/93), o que constitui um incentivo bastante considerável.

Todos os benefícios previstos no acordo de leniência são extensivos às pessoas jurídicas que integram o mesmo *grupo econômico*, de fato e de direito, da leniente, incluindo-se as *sociedades consorciadas*⁶¹⁷, mas, desde que firmem o acordo em conjunto, respeitadas as condições nele estabelecidas (art. 16, § 5º, da LIPJ).

Por outro lado, diferentemente do modelo adotado pela FCPA norte-americana, a pessoa jurídica não se exime da possibilidade de sofrer uma multa extremamente elevada, ainda que atenuada por uma de redução até dois terços.⁶¹⁸ Esse é um dos principais fatores que certamente inibirão a celebração de acordos de leniência, pois não faz nenhum sentido ser punida a pessoa jurídica que, realizando vultosos investimentos, se ocupou da implementação um programa de integridade profundamente efetivo que, inclusive, foi capaz de detectar e comprovar a ocorrência de um ato lesivo totalmente desconhecido das autoridades investigantes do qual tenha participado um dos colaboradores da empresa.

sua aplicação para casos mais graves, não se vislumbrando razoabilidade em sua utilização para atos ilícitos de pouca reprovabilidade” (ZYMLER/DIOS, *Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013): uma visão do controle externo, op. cit.*, p. 150).

⁶¹⁴ Art. 17 da Lei n.º 12.846/2013. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

⁶¹⁵ “Anote-se, de plano, falha no texto, pois foram esquecidas, injustificadamente, a Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão), a Lei 12.462/2011 (lei que institui o Regime Diferenciado de Contratação – RDC) e outras que versam sobre licitações públicas, como as leis voltadas para as concessões, que também registram sanções administrativas nos mesmos moldes da Lei 8.666/1993. No entanto, muito embora não aceita pelos puristas no Direito Administrativo, é incontestável a incidência da interpretação extensiva, pelo que valerá a regra também para as hipóteses de sanções das outras normas que versam sobre o mesmo tema” (BITTENCOURT, *Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013*, São Paulo, RT, 2014, p. 118).

⁶¹⁶ Art. 28, *caput*, do Decreto n.º 8.420/2014. O acordo de leniência será celebrado com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos lesivos previstos na Lei n.º 12.846, de 2013, e dos ilícitos administrativos previstos na Lei n.º 8.666, de 1993, e em outras normas de licitações e contratos, com vistas à isenção ou à atenuação das respectivas sanções, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo [...].

⁶¹⁷ “Ora, se o § 2º do art. 4º da Lei 12.846/2013 criou responsabilidade solidária também entre as sociedades consorciadas, pela eventual prática dos ilícitos de corrupção, parece desarrazoado retirar de tais sociedades consorciadas a oportunidade de participarem da assinatura de acordo de leniência proposta por uma das sociedades componentes do consórcio. Então, numa leitura sistematizada e compatível com os princípios da razoabilidade e da isonomia, deve-se considerar compreendidos no § 5º do art. 16 em apreço tanto os grupos econômicos de fato e de direito, na acepção que o direito societário consagrou tais expressões, quanto os consórcios” (SANTOS/BERTONCINI/CUSTÓDIO FILHO, *op. cit.*, p. 292).

⁶¹⁸ Artigo 16, § 2º, da Lei n.º 12.846/2013. A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.

Além disso, no plano judicial, mesmo após a formalização do acordo, a leniente poderá ser condenada em ação proposta pelo Ministério Público nas sanções capituladas nos incisos I a III do art. 19 da Lei n.º 12.846/2013, ou seja, no perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito obtidos direta ou indiretamente da infração, na suspensão ou interdição parcial de suas atividades e até na sua dissolução compulsória. Poderá, também, sofrer os efeitos do controle externo, o qual, no âmbito federal, é realizado pelo Tribunal de Contas da União e regido pela Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992 (Lei Orgânica do TCU).

O acordo de leniência da LIPJ, por fim, não livra a leniente da reparação integral do dano causado ao erário pelo ato lesivo praticado mesmo que ela não tenha dele se beneficiado (art. 16, § 3º) e ainda interrompe o curso do prazo prescricional (art. 16, § 9º). Para piorar, não confere imunidade penal às pessoas físicas envolvidas (a contrário do que ocorre na Lei n.º 12.527/2011), o que certamente representará o principal fator de insucesso do instrumento. Não há a menor dúvida de que os funcionários da pessoa jurídica – cujos patrimônio e liberdade estão expostos à perseguição do Estado – dificilmente produzirão provas contra si mesmos para beneficiar sua empregadora:

A Lei como está não deve estimular propostas de leniência. O modelo, em última análise, reforça a cumplicidade entre os autores privados e públicos dos atos lesivos à administração pública. A exclusão das pessoas naturais do alcance do acordo de leniência, especialmente os ligados à pessoa jurídica, impõe o pacto pelo silêncio entre o dirigente corruptor da pessoa jurídica e o agente público corrupto, o que resulta na preservação da danosa cultura de corrupção presente na esfera pública nacional. Sem alcançar a pessoa física, é evidente que essa não se sentirá estimulada a elucidar os atos lesivos à administração pública, revelando os agentes públicos corruptos e ímprobos que lesam o Estado e a sociedade brasileira.⁶¹⁹

E tudo isso sem considerar a discutível legalidade da possibilidade de a “proibição de receber recursos públicos”, prevista dentre as sanções judiciais (art. 19, inciso IV, da LIPJ), ser objeto do acordo de leniência, cujo procedimento é de cunho administrativo. Isso porque suprimir da perseguição judicial uma das sanções expressamente previstas em lei em razão de um acordo que pode ser celebrado, sem a presença do Ministério Público, importaria, *a priori*, em violação do princípio da independência das instâncias. Basta pensar na hipótese de já ter sido iniciado um processo coletivo de responsabilização da pessoa jurídica e, durante a tramitação deste, é celebrado o acordo de leniência. Ficaria o magistrado, por esse motivo, impedido de aplicar a sanção prevista no inciso IV do art. 19 da Lei n.º 12.846/2013? A simples dúvida jurídica a esse

⁶¹⁹ BERTONCINI, “Comentários aos artigos 16 e 17”, in *Lei Anticorrupção: comentários à Lei n.º 12.846/2013*, org. M. BERTONCINI, São Paulo, Almedina, 2014, p. 211.

respeito já é suficiente para desmotivar a pessoa jurídica em relação à celebração de qualquer acordo com esse objeto.⁶²⁰

Pode-se concluir, assim, que linha seguida pelo regime de leniência da Lei n.º 12.846/2013 certamente desconsiderou a essência do *dilema do prisioneiro*, pois sua assimetria legal proporciona para a pessoa jurídica, seus sócios e representantes muito mais riscos e desvantagens do que benefícios propriamente ditos.⁶²¹

4.2.5 Legitimação para celebrar o acordo de leniência

Uma outra insegurança gerada pelo sistema de leniência da Lei n.º 12.846/2013 envolve exatamente a pulverização da competência administrativa para a celebração de acordos de dessa natureza, a contrário do que fez a Lei n.º 12.529/2011, que estabeleceu competência exclusiva nesse sentido para a Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. De acordo com a Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas, “[a] autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo” (art. 16, *caput*). Por esse motivo, é profundamente recomendável que Estados e Municípios, ao regulamentarem a Lei n.º 12.846/2013, restrinjam a abrangência legal dessa competência administrativa⁶²², preferencialmente indicando a autoridade máxima do órgão de controle interno como sendo a responsável, com exclusividade, para celebrar acordos de leniência.

Pelo menos no âmbito do Poder Executivo federal, o legislador, ainda que contrariando aquilo que previu no *caput*, estabeleceu, no § 10 do mesmo art. 16, que o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União – CGU – é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência, inclusive no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública

⁶²⁰ “Embora cause estranheza que uma autoridade administrativa possa afastar o leque de competências do Poder Judiciário, deve-se ter em mente que o titular do direito de punir é o Estado. Não há óbices, portanto, para que esse mesmo Estado restrinja esse seu poder. Ao se instituir uma sanção, podem ser colocadas algumas condições para o exercício desse poder punitivo. É o que acontece no presente caso, quando a aplicação de determinada pena pela via judicial está condicionada à inexistência de acordo de leniência. Há aqui uma mitigação do princípio da independência das instâncias administrativa e judicial. Essa mitigação, entretanto, não parece chegar ao ponto de permitir que a celebração superveniente de um acordo de leniência repercuta sobre os efeitos de uma decisão judicial condenatória já proferida. Trata-se, por certo, de questão controvertida que deve ser ulteriormente objetivo de entendimento jurisprudencial” (ZYMLER/DIOS, *Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013): uma visão do controle externo*, *op. cit.*, p. 165).

⁶²¹ “É certo que o acordo de leniência não é favor da administração e nem se deveria esperar que a lei fosse benevolente com os infratores, mas também não é desconhecido que acordos em que não há vantagem ou é ela desproporcional para as partes esvazia-se essa técnica de abordagem que busca declaradamente a celeridade na obtenção de informações e presteza na identificação dos autores envolvidos” (DIPP/CASTILHO, *op. cit.*, p. 83).

⁶²² “A falta de tal regulamentação, considerando a existência de centenas de órgãos e dezenas de entidades públicas no âmbito interno da Administração Direta e Indireta dos diversos níveis de governo, é fácil perceber a confusão administrativa e a insegurança jurídica a ser gerada” (SANTOS/BERTONCINI/CUSTÓDIO FILHO, *op. cit.*, p. 282).

estrangeira, observado o procedimento estabelecido nos arts. 27 a 37 da Portaria CGU n.º 910, de 7 de abril de 2015.

Nesse sentido, o pedido de senha (*marker system*) é o ato em que o proponente do acordo de leniência entra em contato com a Secretaria-Executiva da CGU a fim de comunicar o interesse em celebrá-lo em relação a um determinado ato lesivo capitulado na Lei n.º 12.846/2013. O objetivo do procedimento é proporcionar ao interessado a garantia de que será o primeiro proponente em relação a essa conduta para efeito de preenchimento do requisito exigido pelo inciso I do § 1º do art. 16 da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas. Entretanto, esse pedido só pode ser apresentado até data anterior à emissão do relatório final do processo administrativo de responsabilização (PAR) ou da publicação da sentença do processo judicial, pois, após esses momentos, não haverá mais a possibilidade de ser celebrado o acordo de leniência. Em outras palavras: se a empresa já tiver sido sancionada, não haverá qualquer possibilidade de celebração de acordo de leniência, ainda que a decisão não tenha transitado em julgado.

No tocante aos acordos de leniência que eventualmente poderão ser celebrados pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), o Tribunal de Contas da União (TCU) publicou a Instrução Normativa n.º 74/2015, a qual regulamentou a maneira pela qual irá fiscalizá-los. Dessa maneira, o TCU exerceria o controle preventivo em relação aos acordos de leniência porventura formalizados, o que obrigaria a CGU a submeter, previamente, qualquer ato administrativo à fiscalização do TCU.⁶²³ Entretanto, em mandado de segurança impetrado pelo Secretário-Executivo da CGU (MS n.º 34.031/DF), o Supremo Tribunal Federal concedeu liminar suspendendo a determinação de encaminhamento ao Tribunal de Contas da União (TCU) das informações sobre os acordos de leniência em trâmite no órgão de controle interno do Poder Executivo Federal.

O detalhe é que a decisão da Corte Suprema foi proferida em caráter precário e, fundamentalmente, com base no § 14 do art. 16 da Lei n.º 12.846/2013, o qual não mais se encontra em vigor. Isso porque tal dispositivo havia sido inserido na lei por força da Medida

⁶²³ Art. 1º da IN n.º 74/2015 TCU. A fiscalização dos processos de celebração de acordos de leniência inseridos na competência do Tribunal de Contas da União, inclusive suas alterações, será realizada com a análise de documentos e informações, por meio do acompanhamento das seguintes etapas: I – manifestação da pessoa jurídica interessada em cooperar para a apuração de atos ilícitos praticados no âmbito da administração pública; II – as condições e os termos negociados entre a administração pública e a pessoa jurídica envolvida, acompanhados por todos os documentos que subsidiaram a aquiescência pela administração pública, com inclusão, se for o caso, dos processos administrativos específicos de apuração do débito; III – os acordos de leniência efetivamente celebrados, nos termos do art. 16 da Lei n.º 12.846/2013; IV – relatórios de acompanhamento do cumprimento dos termos e condições do acordo de leniência; V – relatório conclusivo contendo avaliação dos resultados obtidos com a celebração do acordo de leniência. § 1º Em cada uma das etapas descritas nos incisos I a V, o Tribunal irá emitir pronunciamento conclusivo quanto à legalidade, legitimidade e economicidade dos atos praticados, respeitando a salvaguarda do sigilo documental originalmente atribuído pelo órgão ou entidade da administração pública federal. [...]

Provisória n.º 703/2015, que perdeu a validade por não ter sido convalidada pelo Congresso Nacional. Há, assim, uma profunda incerteza quanto ao restabelecimento dessa fiscalização preventiva pelo Tribunal de Contas da União.

O melhor sistema, sem dúvida nenhuma, é aquele que seja capaz de gerar o envolvimento de todos os órgãos estatais na elaboração do acordo de leniência: Advocacia-Geral da União, Ministério Público, Tribunal de Contas da União e Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, pois, assim, haveria, ao mesmo tempo, segurança jurídica, possibilidade de concessão de maiores benefícios e afastamento dos riscos de impunidade. É nesse sentido que a legislação precisa avançar.

4.2.6 Importância da participação do Ministério Público nos acordos de leniência

Pode ocorrer a pessoa jurídica interessada no acordo de leniência iniciar os entendimentos nesse sentido com a apresentação de informações importantes e valiosas de que dispõe, mas, ao final, a proposta não ser acolhida pela Administração Pública. É certo que o § 7º do art. 16 da Lei n.º 12.846/2013 diz que “não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada”, mas, se o órgão do Ministério Público com atribuição na matéria tomar conhecimento de que a pessoa jurídica formulou a proposta, poderá, até mesmo contra a vontade da autoridade administrativa investigante, ter acesso à mesma utilizando-se de seu poder de requisição.⁶²⁴ Nas palavras de Fábio Medina Osório,

Não se pode descartar, obviamente, a plausível hipótese de que inúmeros pontos polêmicos, tanto nesses casos ditos fáceis como nos difíceis (aqui em maior medida), decorrem da própria estrutura organizacional e funcional das instituições fiscalizadoras competentes, nomeadamente o Ministério Público, cujas estruturas administrativas talvez ignorem, em várias oportunidades, o princípio constitucional da unidade de atuação, transformando a independência em apanágio da falta de critérios, diante de uma autonomia funcional compreendida a partir de uma visão individualista e isolacionista.⁶²⁵

É claro que a documentação obtida pelo Ministério Público, nesse caso, não será utilizada para efeitos da *confissão*, mas será, certamente, decisiva para o desenvolvimento de uma investigação eficaz acerca daqueles mesmos fatos. Para que o acordo de leniência seja atrativo no plano administrativo, a lei deveria trazer previsão no sentido de que a proposta ficaria

⁶²⁴ Art. 26 da Lei n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: [...] b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

⁶²⁵ OSÓRIO, *Teoria da improbidade administrativa – má gestão pública – corrupção – ineficiência*, op. cit., pp. 285-286.

mantida em sigilo e, se rejeitada, seria devolvida à pessoa jurídica sem qualquer registro, evitando-se, assim, o acesso pelos órgãos incumbidos da investigação.

Isso significa, em outras palavras, que, sem que adira ao acordo de leniência o Ministério Público, dificilmente uma pessoa jurídica irá celebrá-lo, a não ser que as respectivas ações penais e ações por ato de improbidade administrativa pelos mesmos fatos já tenham sido ajuizadas, estejam em estágio avançado de tramitação e com boas chances de êxito, pois, nesse caso, poderá ainda restar alguma vantagem para a empresa em se livrar de algumas sanções que muito provavelmente lhe serão impostas ou de as ver atenuadas.

Ainda assim, pode-se afirmar que, da forma como está regulamentado, resta sepultado um dos principais objetivos do acordo de leniência, que é o de fazer chegar às autoridades investigantes, através do chamado *self-reporting*, fatos até então desconhecidos, mitigando-se, assim, os malefícios da impunidade.

4.2.7 Efeitos do descumprimento do acordo de leniência

Caso seja descumprida qualquer das cláusulas do acordo de leniência, a pessoa jurídica perderá os benefícios pactuados, o processo administrativo de responsabilização retomará o seu curso normal e a pessoa jurídica ficará exposta a todas as sanções previstas em lei, inclusive o valor integral da multa, descontando-se, apenas, as frações eventualmente já pagas.

Para evitar que propostas de acordo de leniência sejam realizadas em caráter meramente procrastinatório, a Lei n.º 12.846/2013 traz previsão de uma penalidade específica para o inadimplemento, qual seja, o impedimento da pessoa jurídica de celebrar novo acordo pelo prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela Administração Pública do referido descumprimento (art. 16, § 8º), razão pela qual o descumprimento do acordo de leniência deve, inclusive, ser registrado no CNEP – Cadastro Nacional das Empresas Punidas (art. 36 da Portaria CGU n.º 910/2015).

4.2.8 Novos rumos do acordo de leniência – o PLS n.º 105/2015 e o PL n.º 3636/2015

De autoria do Senador do Estado do Espírito Santo Ricardo Ferraço, o PLS n.º 105/2015 tem por objetivo principal alterar a Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas para permitir que o Ministério Público e a Advocacia Pública possam, também, celebrar acordos de leniência, de

forma isolada ou em conjunto. Outro ponto interessante se apresenta no sentido de que, como requisito para celebração do acordo de leniência, passaria a ser exigido o comprometimento da pessoa jurídica a implementar ou melhorar os mecanismos internos de integridade, de auditoria e de incentivo a denúncias de irregularidades e à aplicação efetiva de código de ética e de conduta.

O PLS n.º 105/2015 ainda traz uma importante evolução para os acordos de leniência, aproximando-os do modelo americano: para incentivar a implementação de programas de compliance efetivos, poderá remittir integralmente a multa administrativa, caso a pessoa jurídica seja a primeira a firmá-lo, não lhe sendo mais aplicável qualquer outra sanção de natureza pecuniária decorrente dos fatos objeto do acordo.

A proposição do Senado Federal também contempla a revogação de dois dispositivos legais: o § 1º do art. 17 da Lei n.º 8.429, de 1992, e o inciso I do § 1º do art. 16 da Lei n.º 12.846, de 2013. O primeiro impede que se promova a transação, o acordo ou a conciliação no curso da apuração de atos de improbidade administrativa, enquanto o segundo limita ao primeiro interessado a possibilidade de celebrar acordos de leniência.

Encaminhado à Câmara dos Deputados em novembro de 2015, foi registrado como PL n.º 3636/2015 e ainda se encontra em tramitação.

4.3 RESPONSABILIZAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS PELA VIA JUDICIAL

Se o copo não estiver lavado, o que nele for servido ficará corrompido.

Horácio

4.3.1 O direito difuso à probidade na Administração Pública e à manutenção de um ambiente negocial limpo

As escolhas éticas que são realizadas diuturnamente por qualquer pessoa e guardam correlação com a moralidade e a integridade, enfatizadas no capítulo inaugural deste trabalho, repercutem, como já observado, no âmbito da Administração Pública. Hely Lopes Meirelles, citando Maurice Hauriou, explica que a moral comum é imposta aos homens para sua conduta externa, enquanto a moralidade administrativa é imposta aos agentes públicos para sua conduta interna, de acordo com as exigências da instituição à qual se encontram vinculados e em prol do bem

comum⁶²⁶. A *moralidade administrativa*, por isso, encontra-se estampada como princípio regente de toda a Administração Pública, conforme previsão do *caput* do art. 37 da Constituição Federal brasileira, possuindo, inclusive, uma eficácia exógena, para vincular não apenas os agentes públicos, mas também os particulares que com aqueles se relacionam:

Não obstante, para que se dê concretude ao princípio da moralidade administrativa, não se deve exercer o controle finalístico — interno e externo — das atividades administrativas exercidas, tão somente, por agentes do Estado. Atualmente, os mecanismos de controle dos atos violadores do princípio da moralidade administrativa, notadamente os relacionados aos atos de corrupção, se estendem aos agentes privados que financiem tais práticas. Nesse particular, é lícito falar-se em eficácia exógena do princípio da moralidade administrativa. Em outros termos, embora os indivíduos não estejam compreendidos sob o princípio da legalidade administrativa — oponível tão somente à Administração Pública — a extensão dos efeitos do princípio da moralidade administrativa aos particulares — no âmbito da autonomia da vontade — está em conformidade com o Direito, ou seja, com o princípio da juridicidade.⁶²⁷

Pode-se dizer, assim, que a probidade⁶²⁸ é espécie do gênero moralidade administrativa, enquanto a improbidade, *a contrario sensu*, é uma *imoralidade administrativa qualificada*⁶²⁹, a qual pode ser praticada tanto por agentes públicos como por particulares, inclusive pessoas jurídicas. Em uma conceituação técnica, o termo *improbidade administrativa* pode ser compreendido como

O ato ilícito, praticado por agente público ou terceiro, geralmente de forma dolosa, contra as entidades públicas e privadas, gestoras de recursos públicos, capaz de acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação dos princípios que regem a Administração Pública.⁶³⁰

A doutrina brasileira consagra a tese de que a higidez da Administração Pública e de suas relações com os particulares se insere na categoria dos chamados *direitos e interesses difusos*⁶³¹, pois trata-se de um direito indivisível, cuja titularidade pertence a todos indistintamente e sua violação afeta a sociedade como um todo⁶³². Isso porque, além de repercutir na boa gestão

⁶²⁶ MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 42ª ed., São Paulo, Malheiros, 2016, p. 94. Ao discorrer sobre o princípio da moralidade administrativa, o autor afirma que o agente público, ao atuar, deve decidir entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas, em qualquer circunstância, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta, devendo fazer uma opção, também, entre o honesto e o desonesto.

⁶²⁷ MOREIRA NETO/FREITAS, “A juridicidade da Lei Anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas”, *Revista Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, Editora Fórum, ano 14, n.º 156, fev. 2014, p. 5.

⁶²⁸ “A probidade encontra sua origem mais remota no latim *probus*, que significa aquilo que brota bem (*pro + bho* – da raiz *bhu*, nascer, brotar), denotando o que é bom, o que tem boa qualidade. De forma correlata ao sentido etimológico, teve-se uma contínua utilização do vocábulo em uma concepção figurada, sendo frequentemente empregado para caracterizar o indivíduo honrado, íntegro, reto, leal, que tem bons costumes e é honesto, casto e virtuoso. Este uso terminou por relegar a pureza linguística a plano secundário, tendo sido consagrada a linguagem figurada. [...] Como derivação do designativo individual (*probus*) tem-se a variante caracterizadora de tal qualidade, papel desempenhado pelos vocábulos *probitas* ou *probitatis*, os quais, em vernáculo, espelham a probidade” (GARCIA/ALVES, *op. cit.*, p. 179).

⁶²⁹ OSÓRIO, *Teoria da improbidade administrativa – má gestão pública – corrupção – ineficiência*, *op. cit.*, p. 381.

⁶³⁰ NEVES/OLIVEIRA, *Manual de Improbidade Administrativa – Direito Material e Processual*, 3ª ed., São Paulo, Método, 2015, p. 9.

⁶³¹ No Brasil, o inciso I do parágrafo único do art. 81 da Lei n.º 8.078/1990 traz o conceito legal de interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

⁶³² Paulo de Tarso Brandão, por exemplo, afirma: “É inegável o caráter preponderantemente difuso do interesse que envolve a higidez do erário público. Talvez seja o exemplo mais puro de interesse difuso, na medida em que diz respeito a um número indeterminado de pessoas, ou seja, a todos aqueles que habitam o Município, o Estado ou o próprio País a cujos Governos cabe gerir o patrimônio lesado, e mais todas as pessoas

pública e na efetivação de uma série de outros direitos fundamentais – como os relacionados à saúde e à educação –, o direito das pessoas de viverem em uma sociedade livre de corrupção, como já observado, tende a ser consagrado como um direito universal e inalienável.⁶³³ Não há dúvidas, portanto, de que o direito a uma Administração Pública proba, direcionada sempre ao interesse coletivo e à manutenção da moralidade em suas relações e contratações com particulares se insere no contexto dos chamados *direitos transindividuais*, na exata acepção de Gregório Assagra de Almeida:

Transindividualidade, supra-individualidade e metaindividualidade são conceitos que, no campo do direito, especialmente no aspecto da dimensão subjetiva da titularidade, se sobrepõem ao indivíduo para abranger uma comunidade ou uma coletividade de pessoas geralmente indetermináveis ou indeterminadas. [...] A transindividualidade dos direitos, portanto, é uma característica da sociedade massificada. Interesses ou direitos transindividuais são direitos ou interesses massificados, mas que possuem uma característica especial no plano do seu objeto: a indivisibilidade.⁶³⁴

Esse enquadramento é importante para que não haja nenhuma dúvida quanto à existência de interesse social na probidade dos negócios administrativos, a fim de garantir, em caso de lesão ou ameaça a esse direito, a efetividade da tutela jurisdicional pela via das ações coletivas. É por isso que o art. 6º da Lei Federal n.º 7.347/85 dá a qualquer pessoa a possibilidade e impõe ao servidor público o dever de provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação coletiva e indicando-lhe os elementos de convicção, enquanto o art. 7º da mesma lei confere aos juízes o dever de provocar o Ministério Público sempre que, no exercício de suas funções, tiverem o conhecimento de fatos que importem em lesão ou ameaça de lesão aos direitos transindividuais, aí incluído o direito a uma Administração Pública proba.

4.3.2 O microssistema legislativo brasileiro de tutela coletiva

Com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, foram introduzidas importantes modificações no âmbito do processo coletivo, aperfeiçoando-se as regras que já

que venham ou possam vir, ainda que transitoriamente, desfrutar do conforto de uma perfeita aplicação ou os dissabores da má gestão do dinheiro público” (BRANDÃO, *Ação Civil Pública*, 2ª ed., Florianópolis, Obra Jurídica, 1996, p. 122). Ao comentar as disposições do art. 25, inciso IV, letra “b”, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Pedro Roberto Decomain professa idêntico entendimento reportar-se à expressão *patrimônio público e social*, inserida no art. 129, inciso III, da Constituição Federal: “Interessante salientar que, segundo a dicção do avertado dispositivo constitucional, o patrimônio público e social seria interesse difuso. Com certeza o patrimônio público e social acha-se personalizado em determinada pessoa jurídica de direito público. Mesmo assim, contudo, abstraindo-se da personalidade jurídica da União, dos Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades de suas administrações indiretas e fundacionais, chega-se à conclusão de que a preservação de seus patrimônios realmente constitui interesse difuso, na medida em que não se trata de interesse deste ou daquele particular, mas sim de toda a coletividade” (DECOMAIN, *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*, Florianópolis, Obra Jurídica, 1996, pp. 151-152).

⁶³³ Vide, a esse respeito, Capítulo I, Item 2.3.2.

⁶³⁴ ALMEIDA, *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*, op. cit., pp. 473-474.

existiam desde 1985 na Lei da Ação Civil Pública. Assim, pode-se dizer que a conformação constitucional da tutela coletiva somada às regras próprias da Lei da Ação Popular, da Lei da Ação Civil Pública, do Código de Defesa do Consumidor, da Lei de Improbidade Administrativa, dentre outras, constitui um regramento comum a todo processo coletivo.

Registre-se que a Lei n.º 8.078/90 incluiu na Lei n.º 7.347/85 o art. 21, segundo o qual “[a]plicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”. Por coerência, o art. 90 do Código de Defesa do Consumidor também deixa claro que se aplicam às ações coletivas nele previstas as disposições da Lei da Ação Civil Pública, estabelecendo uma perfeita integração entre as duas legislações.

A partir daí a doutrina⁶³⁵ e a jurisprudência⁶³⁶ passaram a reconhecer a existência de um sistema integrado de tutela dos interesses metaindividuais, ou seja, um “microssistema processual para as ações coletivas”, sendo aplicáveis entre si, no que for compatível, os regramentos da ação popular, da ação civil pública, da ação por ato de improbidade administrativa e mesmo do mandado de segurança coletivo.

Não poderia ser diferente até porque, como todas elas podem gravitar em torno da mesma causa de pedir, em caso de propositura concomitante de mais de uma espécie de ação coletiva, todas elas terão que ser reunidas, terão o procedimento unificado e comportarão único julgamento, o que demonstra muito bem a intercomunicação entre suas regras. Assim, pela interpenetração normativa (salvo disposição em sentido contrário), esse microssistema deve servir de parâmetro para toda e qualquer ação coletiva, devendo seus instrumentos processuais ser utilizados para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, com aplicação meramente residual do Código de Processo Civil.⁶³⁷ Se houver choque, dentro do microssistema, entre dois

⁶³⁵ “Este, em síntese, o sistema integrado de defesa dos interesses supraindividuais em nosso país: interação da legislação específica e suprimimento recíproco de lacunas, de sorte que todos os interesses sejam tutelados processualmente do mesmo modo e com um mesmo perfil procedimental e processual; e a aplicação sempre subsidiária do Código de Processo Civil” (LEONEL, *Manual do Processo Coletivo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 150).

⁶³⁶ [...] 4. Deve prevalecer o entendimento esposado no aresto paradigma, pois esta Corte tem decidido que a Ação Civil Pública, a Ação Popular e o Código de Defesa do Consumidor compõem um *microssistema de tutela dos direitos difusos*, motivo pelo qual a supressão das lacunas legais deve ser buscada, inicialmente, dentro do próprio microssistema. 5. A ausência de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, tanto no CDC quanto na Lei 7.347/85, torna imperiosa a aplicação do prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65). 6. Agravo regimental desprovido (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg nos EREsp 995.995/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/03/2015, DJe 09/04/2015).

⁶³⁷ “O Código de Processo Civil – como norma de índole individual – somente será aplicado nos diplomas de caráter coletivo de forma residual, ou seja, se houver omissão específica a determinada norma, não se adentrará – de imediato – nas soluções legais previstas no Código de Processo Civil, uma vez que o intérprete deverá, antecedentemente, aferir se há paradigma legal dentro do conjunto de normas processuais do microssistema coletivo. Com outras palavras, somente se aplicará o Código de Processo Civil em ações coletivas quando a norma específica para o caso concreto for omissa e, em seguida, verificar-se que não há dispositivo nos demais diplomas que compõem o microssistema coletivo capaz de preencher o vácuo” (MAZZEI, “A ação popular e o microssistema da tutela coletiva”, in *Ação popular – aspectos relevantes e controvertidos*, coord. L. M. GOMES Jr./R. F. SANTOS FILHO, São Paulo, RCS, 2006, pp. 411-412).

dispositivos que regulam o mesmo instituto, o conflito aparente de normas processuais coletivas deverá ser solucionado à luz do *princípio da interpretação pragmática*.⁶³⁸

Particularmente no que toca à tutela da probidade na Administração Pública, temos no âmbito coletivo *quatro* tipos de ações que podem se prestar a tal finalidade, a saber: a ação popular (Lei n.º 4.717/65), a ação civil pública (Lei n.º 7.347/85), a ação por ato de improbidade administrativa (Lei n.º 8.429/92) e agora, mais recentemente, a ação coletiva de responsabilização das pessoas jurídicas (Lei n.º 12.846/2013).

4.3.3 Ação coletiva de responsabilização da pessoa jurídica e sua legitimação ativa

Apesar de o art. 21, *caput*, da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas dispor que, “nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei n.º 7.347/85, de 24 de julho de 1985”, em verdade ela acabou criando uma nova espécie de ação coletiva, eis que, em se comparando com uma ação civil pública, há profundas diferenças no tocante à legitimação ativa, ao sistema de responsabilização, ao regime da coisa julgada e aos objetivos a serem alcançados, pois a ação coletiva regulada pela Lei n.º 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública (LACP) – não possui conteúdo sancionatório.

Ao que parece, a Lei n.º 12.846/2013 se reportou ao rito da LACP apenas para deixar claro e explícito que a ação judicial por ato de improbidade de pessoa jurídica tem natureza coletiva e, assim, abertamente se insere no contexto do microsistema brasileiro de tutela coletiva. Evita-se, assim, qualquer equívoco de interpretação, como aconteceu inicialmente com a ação por ato de improbidade administrativa, que precisou enfrentar uma certa resistência doutrinária⁶³⁹ até alcançar uma completa estabilidade a esse respeito.

⁶³⁸ “Trata-se, isto sim, de enxergar como possíveis, e como mais convenientes em determinados casos, soluções tomadas não com base na letra da lei, mas com base no sistema: lei, doutrina, jurisprudência, manejadas criativamente. Assim, nas zonas de penumbra deve-se optar pela resposta que privilegie os valores fundamentais, dentre os quais se sobressai a operatividade do sistema, como apto a gerar os fins para os quais foi criado. [...] Em resumo, o que pretende o método pragmático é viabilizar soluções efetivamente úteis, e não formulações racionais formais que tenham fim em si mesmas, uma vez que as considerações sobre o que seja, ou não, verdadeiro são, na pós-modernidade, deixadas de lado e substituídas pelas sobre o que seja, ou não, útil (neopragmatismo)” (VENTURI, *Processo civil coletivo – a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*, São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 159-161).

⁶³⁹ “Ora, é indiscutível que o controle jurisdicional da probidade é feito por uma ação coletiva – já que proposta por um ente coletivo e destinada à tutela de um direito coletivo lato sensu. Essa ação, todavia, não é regida pelo sistema processual coletivo contido na Lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, em decorrência do rito que se encontra na própria Lei de Improbidade Administrativa, em suas normas processuais, que estabelecem o instrumento juridicamente adequado para um controle jurisdicional mais eficaz: fala-se, assim, da *ação civil de improbidade administrativa*. [...] É preciso refletir mais a questão da utilização indiscriminada do procedimento da LACP pelo Ministério Público e pelos Tribunais; essa necessidade de reflexão não é meramente técnico-jurídica, mas também política e social. Sua exata compreensão depende de uma sensibilidade que está além de um mero arranjo normativo, e que depende de um pensar mais amplo e condizente com as realidades sociais e políticas do processo judicial” (RABELO/FACHETTI, “A inexistência de fungibilidade entre a ação civil de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) e a ação civil pública (Lei 7.347/85)”, in *Revista de Processo*, Ano 32, n.º 153, São Paulo: RT, novembro de 2007, pp. 58-59; 63).

Assim, o *caput* do art. 19 da Lei n.º 12.846/2013 deixou expresso que essa nova espécie de ação coletiva poderá ser ajuizada pelo Ministério Público ou pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial (ou equivalentes). Essa legitimação – bem mais restrita do que aquela estabelecida no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública e no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor – coincide com aquela prevista para a ação por ato de improbidade administrativa (art. 17, *caput*, da Lei n.º 8.429/92), exatamente em razão do caráter sancionatório comum a essas duas ações.

O Ministério Público, por força de sua vocação constitucional e pelo fato de ser a instituição tradicionalmente vocacionada ao combate à corrupção⁶⁴⁰, é legitimado para toda e qualquer ação coletiva de responsabilização de pessoa jurídica. A Lei n.º 12.846/2013, por esse motivo, criou um sistema para fazer com que todos os fatos apurados na instância administrativa cheguem ao conhecimento do órgão ministerial, inclusive para que possa este controlar a regularidade do devido processo legal administrativo e buscar a responsabilização judicial por quaisquer ilícitos (e não apenas delitos).⁶⁴¹

Assim como ocorrer nas ações coletivas de modo geral, poderá o Ministério Público Federal atuar em litisconsórcio ativo com os Ministérios Públicos dos Estados em qualquer demanda judicial cujo objeto seja de interesse comum⁶⁴². Aliás, se não for o proponente da ação coletiva em questão, ainda assim o *Parquet* intervirá no processo⁶⁴³ no sentido de complementar e suprir qualquer deficiência na atividade processual do autor originário, podendo, para tanto, juntar documentos, requerer diligências, produzir outras provas e suscitar questões de cunho processual. É em razão disso que Hugo Nigro Mazzilli sustenta que a natureza jurídica da intervenção do Ministério Público, neste caso, é de *assistência ad coadjuvandum*⁶⁴⁴, voltando sua atuação para reforçar a pretensão daquele que deu início ao processo.

Em se tratando de ação coletiva de responsabilização de pessoa jurídica por atos praticados contra a Administração Pública estrangeira, somente o Ministério Público Federal terá legitimação ativa em razão de existir, na hipótese, um interesse federal envolvido, qual seja, uma “causa fundada em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo

⁶⁴⁰ Vide, a esse respeito, Capítulo II, Item 4.1.

⁶⁴¹ Art. 15 da Lei n.º 12.846/2013. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.

⁶⁴² Art. 5º, § 5º, da Lei n.º 7.347/85. Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

⁶⁴³ Art. 5º, § 1º, da Lei n.º 7.347/85. O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

⁶⁴⁴ MAZZILLI, *op. cit.*, pp. 90-91. No mesmo sentido: DINAMARCO, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 3ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2000, pp. 331-332.

internacional” (inciso III do art. 109 da Constituição Federal) – a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE.

A Lei n.º 12.846/2013 fez questão de expressamente limitar a legitimação das pessoas jurídicas de Direito Público à *União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios*, ficando excluídas, assim, as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e as sociedades de economia mista.⁶⁴⁵ Essa exclusão resta patenteada porque, no Brasil, para cada espécie de ação coletiva há uma *legitimação exclusiva*, ou seja, atribuída apenas aos órgãos e entidades e pessoas jurídicas arroladas na Constituição Federal ou nas leis infraconstitucionais específicas, sem possibilidade de interpretação extensiva.

Por isso, as ações judiciais sancionatórias decorrentes de atos lesivos praticados contra os entes da Administração Pública indireta poderão ser ajuizadas apenas pelo Ministério Público, a quem qualquer das entidades lesadas poderá representar para a adoção das providências cabíveis.⁶⁴⁶ Não é possível, também, que a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios atuem em juízo em defesa dos interesses de tais entidades⁶⁴⁷, pois, como estas possuem personalidade jurídica própria que não se confunde com a dos entes da Administração Pública direta aos quais se encontram vinculadas, a hipótese implicaria em substituição processual, o que, por força do *caput* do art. 18 do Código de Processo Civil⁶⁴⁸, exige previsão legal. Essa restrição legal à legitimação apenas reforça o entendimento já explicitado anteriormente de que não podem as empresas públicas e sociedades de economia mista aplicar as sanções administrativas por suas autoridades máximas, já que não possuem sequer legitimação para requerer a aplicação das sanções judiciais.

⁶⁴⁵ Em sentido contrário: “De igual forma, as entidades que integram as respectivas administrações indiretas dessas pessoas jurídicas de direito público (autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e empresas subsidiárias de empresas estatais), devidamente representadas, estão autorizadas a propor a aludida medida judicial, se por ventura forem vitimadas por atos lesivos cometidos por pessoas jurídicas. Portanto, são as pessoas lesadas componentes da administração pública direta ou indireta, devidamente representadas, as legitimadas para a propositura da ação civil de responsabilidade por ato lesivo cometido por pessoa jurídica” (SANTOS/BERTONCINI/CUSTÓDIO FILHO, *op. cit.*, p. 307).

⁶⁴⁶ Não há impedimento, entretanto, no sentido de que autarquias, fundações públicas, empresas públicas e as sociedades de economia mista promovam, de forma autônoma, a competente ação de reparação de danos para recomposição do prejuízo que lhes for causado. A dificuldade, entretanto, decorrerá da necessidade de ser observado, nesse caso, o regime da *responsabilização subjetiva (dolo ou culpa)* e não o da responsabilização objetiva previsto na Lei n.º 12.846/2013.

⁶⁴⁷ Em sentido contrário: “Frise-se, portanto, que, segundo a redação do artigo, a Lei não incluiu no rol do *caput* do art. 19 as pessoas jurídicas que compõem a Administração Indireta como legitimadas ativas, o que nos leva a concluir que, caso estas sejam vítimas de atos lesivos aos seus patrimônios, deverão cada qual na sua esfera, através dos seus órgãos competentes, provocar as Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para que estes tomem providências no sentido de representá-las judicialmente, não obstante serem pessoas jurídicas com personalidade própria e autonomia” (MARINELA/PAIVA/RAMALHO, *op. cit.*, p. 207).

⁶⁴⁸ Art. 18, *caput*, do CPC. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.

Diferentemente do que ocorre com a legitimação do Ministério Público, em relação à legitimação dos entes da Administração Pública direta há que ser observada a *pertinência temática*⁶⁴⁹ como requisito indispensável à propositura da ação coletiva de responsabilização de pessoas jurídicas, ou seja, a exata correspondência e compatibilidade entre a finalidade institucional do autor e a defesa do respectivo interesse em juízo.

Por fim, é importante consignar que a legitimação para propositura das demandas judiciais envolvendo a Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas, como ocorre em toda e qualquer ação coletiva, é *concorrente e disjuntiva*, o que significa que os legitimados ativos podem agir em conjunto ou separadamente, sendo que a iniciativa de um não dependerá da concordância do outro.

4.3.4 Competência territorial

É natural que, nas ações coletivas por ato de improbidade de pessoa jurídica da Lei n.º 12.846/2013, seja invocada a regra geral de competência da Lei da Ação Civil Pública, segundo a qual “[a]s ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do *local onde ocorrer o dano*, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa” (art. 2º da Lei n.º 7.347/85). Interpretando a regra de competência prevista no art. 93 do Código de Defesa do Consumidor, Ada Pellegrini Grinover, uma das autoras do anteprojeto que resultou na Lei da Ação Civil Pública, explica:

O legislador guiou-se abertamente pelo critério do local do resultado, que vai coincidir, em muitos casos, com o do domicílio das vítimas e da sede dos entes e pessoas legitimadas, facilitando o acesso à justiça e a produção da prova. Em mais esse ponto, o Código acompanhou o disposto na Lei n.º 7.347/85, cujo artigo 2º também opta pelo critério do local do dano.⁶⁵⁰

Observa-se, assim, que as regras de competência para as ações coletivas exigem interpretação que esteja sintonizada com sua própria finalidade, uma vez que foram elas pensadas, principalmente, para as ações cujo objeto envolva dano ambiental. No caso particular das ações

⁶⁴⁹ O mesmo raciocínio é utilizado nas ações por ato de improbidade administrativa: “Estão as pessoas de direito público legitimadas a agir relativamente a condutas ímprobas que tenha repercutido efetivamente em seu patrimônio, material ou moralmente considerado, não guardando qualquer sentido, por exemplo, que a União Federal ajuíze uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa verificado em detrimento do Estado, e vice-versa. É o que a doutrina denomina *pertinência temática*, aspecto relacionado, segundo pensamos, ao próprio interesse de agir” (GARCIA/ALVES, *op. cit.*, p. 900).

⁶⁵⁰ GRINOVER, et al., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2007, p. 897. Rodolfo de Camargo Mancuso, ao discorrer sobre as regras de competência para as ações coletivas, é ainda mais claro e direto: “As diretrizes da instrumentalidade do processo e da efetividade do processo precisam ser particularmente implementadas, de sorte a se priorizar o foro do local do dano, seja pela proximidade física com os fatos ocorridos ou temidos, seja pela facilitação na colheita da prova, seja pela imediação entre o juízo e os sujeitos concernentes ao interesse metaindividual de que se trata” (MANCUSO, *Ação Civil Pública*, 9ª ed., São Paulo, RT, 2004, p. 99-100).

coletivas de responsabilização de pessoas jurídicas, a regra do *local do dano* é completamente insuficiente, eis que é perfeitamente possível, como já examinado⁶⁵¹, atos lesivos na modalidade *tentada* ou até mesmo atos lesivos consumados que *não causam qualquer prejuízo para o erário*. Por esses motivos, assim como ocorre nas ações coletivas que tratam de atos que atentam contra a probidade administrativa, as ações que buscam a aplicação das sanções previstas na Lei n.º 12.846/2013 devem ser ajuizadas no *local onde ocorrer a conduta ilícita*⁶⁵², pois é no local da ação ou omissão que muito mais facilmente serão coletadas as provas.

Com supedâneo no princípio da interpretação pragmática, percebe-se, no capítulo destinado à proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos da Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que o art. 209 prevê que “as ações previstas neste Capítulo serão propostas no foro do *local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão*, cujo juízo terá *competência absoluta* para processar a causa, ressalvadas a competência da Justiça Federal e a competência originária dos tribunais superiores”. Assim, sendo esta norma que integra o microsistema de tutela coletiva que, com muito mais adequação, garante a efetividade da tutela jurisdicional, deve ser ela a regra a ser observada nas ações coletivas de responsabilização de pessoas jurídicas (e também nas ações por ato de improbidade administrativa).

Desse modo, se um empresário oferece, em São Paulo, vantagem indevida ao presidente da comissão de uma licitação deflagrada pelo Estado do Rio de Janeiro, a ação coletiva de responsabilização da respectiva pessoa jurídica, pela prática do ato lesivo capitulado no inciso I do art. 5º da Lei n.º 12.846/2013, deverá ser ajuizada na capital paulista, e não na capital fluminense, não importando se estivesse a conduta ilícita direcionada a esta. Acresça-se o fato de que muitos dos atos lesivos previstos da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas guardam subsunção com diversos tipos penais, hipóteses em que haverá, também, o ajuizamento da correspondente ação penal pelos mesmos fatos. Nesses casos, é razoável que a ação coletiva de natureza não penal seja ajuizada no local onde ocorreu ou deva ocorrer a ação ou omissão, até para que não haja grande distanciamento do processo que apura a correspondente responsabilidade penal pela mesma situação fática, cuja competência é fixada pelo local em que se consuma a infração (art. 70 do Código de Processo Penal).

⁶⁵¹ Vide neste Capítulo, Item 2.5.

⁶⁵² No mesmo sentido: “Conclui-se assim que o foro competente será onde a pessoa jurídica praticou as condutas descritas no art. 5º que atentaram contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil” (MARINELA/PAIVA/RAMALHO, *op. cit.*, p. 221).

A exceção a essa regra está vinculada apenas aos atos lesivos praticados contra a Administração Pública estrangeira, como, por exemplo, o suborno a agentes públicos de um outro país oferecido no exterior por um empresário brasileiro, conduta também considerada ilícita à luz da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas.⁶⁵³ Diante da necessidade de honrar os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil na Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, a hipótese deve ser tratada como “dano de abrangência nacional”, ainda que de natureza imaterial, podendo, assim, a ação coletiva de responsabilização da respectiva pessoa jurídica ser proposta (pelo Ministério Público, exclusivamente) perante a Justiça Federal⁶⁵⁴ do foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, à luz da previsão contida no inciso II do art. 93 da Lei n.º 8.078/90.⁶⁵⁵

4.3.5 Tutelas de urgência admissíveis

Como a Lei n.º 12.846/2013 fez a opção, no *caput* de seu art. 21, pelo procedimento previsto na Lei da Ação Civil Pública, todo o regime de tutela de urgência genérica nela previsto é transportado para as ações coletivas de responsabilização das pessoas jurídicas, inclusive fazendo incidir as regras do Título III do Código de Defesa do Consumidor. De acordo com o *caput* do art. 12 da Lei n.º 7.347/85, poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificção prévia, em decisão sujeita a agravo (de instrumento). Entretanto, como a LACP não traz os requisitos que devem ser observados para efeito de concessão das tutelas de urgência de modo geral, entra em ação o microssistema de tutela coletiva para estabelecer como pressupostos o *relevante o fundamento da demanda* e o *justificado receio de ineficácia do provimento final* (art. 84, § 3º, da Lei n.º 8.078/90), os quais possuem exatamente o mesmo significado das exigências estabelecidas no Código de Processo Civil: *existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito* e o *perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo* (art. 300, *caput*).

Nenhuma das sanções previstas nos arts. 6º, incisos I e II, e 19, incisos I a IV, da Lei n.º 12.846/2013 pode ser antecipada em sede de tutela de urgência, pois isso, por óbvio, atentaria contra o princípio do devido processo legal estatuído na Constituição Federal (“aos litigantes,

⁶⁵³ Art. 28 da Lei n.º 12.846/2013. Esta Lei aplica-se aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior.

⁶⁵⁴ Art. 109 da Constituição Federal. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] III – as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

⁶⁵⁵ Art. 93 da Lei n.º 8.078/90. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: [...] II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os *danos de âmbito nacional* ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, art. 5º, inciso LV). Por outro lado, nada impede que, preenchidos os requisitos legais, alguns dos efeitos dessas sanções sejam objeto de provimento judicial liminar, como, por exemplo, a suspensão da inscrição de uma pessoa jurídica criada fraudulentamente para participar de licitações públicas (art. 5º, inciso IV, alínea “e”, da LIPJ) no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ).

De modo mais específico, a Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas se preocupou em fornecer instrumentos para que seja reservada uma parcela do acervo patrimonial do pretendo devedor, a fim de garantir o pagamento da multa e, se houver, o ressarcimento do dano causado ao erário. Deixou expressa, para tanto, a possibilidade de o Ministério Público ou das pessoas jurídicas de Direito Público legitimadas requererem “a indisponibilidade de bens, direitos ou valores”, nos termos da previsão contida no § 4º do art. 19 da LIPJ.

Ao utilizar propositalmente a expressão “indisponibilidade de bens”, a intenção do legislador certamente foi a de aproveitar o sistema já consagrado no âmbito da improbidade administrativa. Aliás, ao trazer no corpo do dispositivo a referência ao “artigo 7º”, pareceu possuir a intenção de se reportar à Lei n.º 8.429/92, que regula exatamente essa questão, e não à própria Lei n.º 12.846/2013, cujo respectivo “artigo 7º” nada tem a ver com a matéria. Isso tudo porque, em se tratando de atos de improbidade administrativa, o tema já se encontra devidamente consolidado no âmbito dos recursos repetitivos do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de dispensar, para concessão da medida de urgência, a *comprovação pelo requerente da efetiva ou iminente dilapidação do patrimônio*.⁶⁵⁶

⁶⁵⁶ TEMA N.º 701 (Recursos Repetitivos). Possibilidade de decretação da indisponibilidade de bens do promovido em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, não condicionada à comprovação da efetiva ou iminente dilapidação do patrimônio. EMENTA. 1. Tratam os autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra o ora recorrido, em virtude de imputação de atos de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992). 2. Em questão está a exegese do art. 7º da Lei n. 8.429/1992 e a possibilidade de o juízo decretar, cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao Erário. 3. A respeito do tema, a Colenda Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.319.515/ES, de relatoria do em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques (DJe 21/9/2012), reafirmou o entendimento consagrado em diversos precedentes [...] de que, “[...] no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992, verifica-se que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual ‘os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível’”. O periculum in mora, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92. Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes trâfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do periculum in mora (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido”. 4. Note-se que a compreensão acima foi confirmada pela referida Seção, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.315.092/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 7/6/2013. 5. Portanto, a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o periculum in mora encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do

A Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas, entretanto, avançou em relação à Lei de Defesa da Probidade Administrativa no sentido de deixar consignado no texto legal que essa tutela de urgência de indisponibilidade de bens, direitos ou valores engloba não apenas os ativos necessários à reparação integral do dano causado, mas também aqueles à garantia do pagamento da multa, como reiteradamente os tribunais superiores vêm decidindo, a despeito da inexistência de referência expressa nesse sentido no art. 7º da Lei n.º 8.429/92.⁶⁵⁷

É importante registrar, ainda, que a medida de indisponibilidade de bens não se confunde com a *tutela cautelar de sequestro*⁶⁵⁸, a qual poderá ser utilizada para assegurar a aplicação da sanção judicial de “perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração” (art. 19, inciso I, da Lei n.º 12.846/2013). Isso porque, enquanto a indisponibilidade pode recair sobre quaisquer bens, inclusive aqueles adquiridos antes da prática do próprio ilícito, o sequestro exige a indicação de bens discriminados, demonstrando-se expressamente que foram eles adquiridos com o produto da ilicitude. Por outro lado, como a medida de sequestro tem por objetivo garantir a aplicação de uma sanção, contra ela não podem ser invocadas as restrições próprias dos *bens de família*⁶⁵⁹, as quais limitam a eficácia da indisponibilidade de bens, vez que esta será, na fase procedimental própria, convertida em penhora. Não fosse assim, bastaria converter aquilo que foi angariado a partir da prática ilícita em imóvel residencial da entidade familiar para alcançar a impunidade.⁶⁶⁰

demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa. [...] 7. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução n. 8/2008/STJ (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1366721 BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/Acórdão Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 19/09/2014).

⁶⁵⁷ “Na origem, trata-se de Agravo de Instrumento, interposto pelo Ministério Público estadual, em face de decisão que, em sede de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, proposta em desfavor do ora agravante e outros, indeferiu o pedido de ampliação da indisponibilidade dos bens, para alcançar também o valor correspondente à multa civil. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 7º da Lei n.º 8.429/92, tem decidido que, por ser medida de caráter assecuratório, a decretação de indisponibilidade de bens, ainda que adquiridos anteriormente à prática do suposto ato de improbidade, deve incidir sobre quantos bens se façam necessários ao integral ressarcimento do dano, levando-se em conta, ainda, o potencial valor de multa civil” (STJ, AgRg no REsp 1.260.737/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 25/11/2014). No mesmo sentido: STJ, MC 24.205/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/04/2016; REsp 1.313.093/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/09/2013; STJ, AgRg no REsp 1.299.936/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/04/2013 (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgInt no AREsp 913.481/MT, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 28/09/2016).

⁶⁵⁸ Art. 301 do Código de Processo Civil. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

⁶⁵⁹ Art. 1º da Lei n.º 8.009, de 29 de março de 1990. O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei. Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

⁶⁶⁰ A jurisprudência, por vezes, confunde os dois institutos, gerando soluções que atentam contra os objetivos preconizados em lei. Nesse sentido, a título meramente exemplificativo: “PROCESSUAL CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. SEQUESTRO. IMPOSSIBILIDADE ADJETIVA. 1. Tem-se, no início, agravo de instrumento interposto pelo recorrido em face de decisão que manteve sequestro de bem imóvel por não o considerar bem de família. O acórdão recorrido reformou a decisão combatida por entender que, na espécie, o bem é de família e, por isto, impenhorável. 2. Nas razões recursais, sustenta a parte recorrente ter havido violação aos arts. 1º e 3º da Lei n. 8.009/90, ao argumento de que foi afastada a possibilidade de sequestro de bem imóvel do recorrido em razão de alegada impenhorabilidade própria dos bens de família, sendo que, a seu ver, não se confundem os institutos do sequestro e da penhora. 3. Embora sejam institutos distintos, sequestro e penhora, a verdade é que, tendo a Lei n. 8.000/90 protegido o bem de família da impenhorabilidade, também o protegeu, por via

Dúvidas poderiam surgir, por derradeiro, quanto à possibilidade de concessão de tutelas de urgência de ofício nas ações coletivas de responsabilização das pessoas jurídicas. Isso porque, a partir da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015), no qual não há mais a previsão expressa que condicionava essa concessão ao pedido formal da parte interessada, a tendência⁶⁶¹ é no sentido de que se consolide o entendimento de assunção desse poder pelo magistrado de modo pleno, o que repercutirá, inclusive, no âmbito do processo coletivo, no qual, com muito mais razão, o ativismo judicial funciona como um componente fundamental.

4.3.6 Responsabilização de agente público e de pessoa jurídica pelo mesmo fato ou por fatos conexos no mesmo processo

Na apuração dos ilícitos que atentam contra a probidade, uma série de situações podem acontecer: pode-se constatar apenas o envolvimento de agentes públicos e, nesse caso, aplicar-se-ão as regras e sanções previstas na Lei de Defesa da Probidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92); pode-se constatar apenas o envolvimento de pessoas jurídicas e, nessa hipótese, aplicar-se-ão as regras e sanções previstas na Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas (Lei n.º 12.846/2013); ou pode-se, finalmente, em um mesmo fato ilícito, constatar-se tanto o envolvimento de agentes públicos como de pessoas jurídicas, gerando uma maior complexidade.

Se, por exemplo, o representante de uma empresa paga propina para o presidente da comissão de licitações, a fim de que a pessoa jurídica à qual se encontra vinculado saia vitoriosa em determinada licitação, temos, na hipótese, a prática do ato de improbidade administrativa previsto no inciso I do art. 9º da Lei n.º 8.429/92 e a prática do ilícito empresarial descrito no inciso I do art. 5º da Lei n.º 12.846/2013. Haveria, nesse caso, a necessidade de serem iniciados dois processos distintos? Como resposta a essa pergunta, três soluções se apresentam.

indireta, das medidas acauteladoras que se destinam a resguardar, no patrimônio do devedor, a solvência da dívida. 4. Em resumo: o sequestro tem como fim último resguardar o credor pela antecipação de bens aptos a resguardar a solvência final do devedor. E a satisfação do credor se dá pela arrematação ou pela penhora, de modo que, vedada a penhora por se tratar de bem de família, está vedado também o sequestro. 5. A teor dos princípios da executividade de forma menos gravosa ao devedor (art. 620 do CPC) e da estrita necessidade das medidas constritivas, não é possível permitir sequestro de bens que, ao fim e ao cabo, não poderão ser expropriados. 6. Recurso especial não provido” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1245466/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 05/05/2011).

⁶⁶¹ “No Novo Código de Processo Civil não há previsão expressa condicionando a concessão de tutela provisória de urgência a pedido expresso da parte, afastando-se, assim, da tradição do art. 273, *caput*, do CPC/1973. Por outro lado, também não existe um artigo que expressamente permita a sua concessão de ofício, ainda que em situações excepcionais, como ocorria no CPC/1973 com o art. 797. [...] Entendo que, mesmo diante do eloquente silêncio da lei, é provável que o tradicional poder geral de cautela se transforme num poder geral de tutela de urgência, sendo admitido, ainda que em caráter excepcional, a concessão de uma tutela cautelar ou antecipada de ofício” (NEVES, *Novo Código de Processo Civil Comentado*, Salvador, JusPodivm, 2016, p. 484).

De acordo com uma primeira corrente, os atos lesivos da Lei n.º 12.846/2013 somente se consumam se não tiver havido a participação direta de qualquer agente público, pois, em caso contrário, a hipótese será de improbidade administrativa, de acordo com os ditames da Lei n.º 8.429/92, e a pessoa jurídica somente será responsabilizada se o agente público for condenado pela prática do ilícito e se se comprovar que a mesma, dolosamente, induziu ou concorreu para a prática do ato de improbidade ou, então, dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (art. 3º da Lei de Defesa da Probidade Administrativa).

Possui essa corrente uma série de equívocos, tanto de ordem técnica como de ordem prática. Em primeiro lugar, a prevalecer o entendimento, estar-se-ia dando à Lei n.º 12.846/2013 um caráter de subsidiariedade em relação à Lei n.º 8.429/92, como se uma lei federal tivesse um *status* superior em relação a outra ou, então, como se não fosse possível se estabelecer uma convivência harmônica entre ambas. Em verdade, ambas as leis são absolutamente compatíveis e, houvesse qualquer incompatibilidade, obviamente prevaleceria a segunda, a partir da regra de “lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior” (§ 1º do art. 2º do Decreto-lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 12.376/2010).

Ademais, uma série de problemas de natureza procedimental poderiam surgir, dando margem à impunidade. Basta imaginar a situação em que as provas em relação à participação de determinado agente público venham a emergir apenas ao longo da instrução processual. A prevalecer o entendimento ora esboçado, o processo já iniciado – e certamente em tramitação por um longo período – teria que ser anulado *ab initio*, vez que o rito para as ações por ato de improbidade administrativa contém o chamado *juízo de prelibação*, inexistente nas ações coletivas de responsabilização de pessoas jurídicas. Isso obrigaria à elaboração de uma nova petição inicial (se ainda não tivesse ocorrido a prescrição), reiniciando-se do ponto de partida toda a marcha processual, e daria ao litisconsórcio necessário um efeito que ele não possui: não apenas alterar o procedimento, mas também o regime de responsabilização das pessoas jurídicas, que deixaria de ser objetiva e passaria a ser subjetiva, com a necessidade de comprovação do dolo.

Um segundo posicionamento defende que devem ser propostas duas ações coletivas em separado: uma ação por ato de improbidade administrativa para que sejam responsabilizados os

agentes públicos envolvidos, à luz dos ditames da Lei n.º 8.429/92 e da responsabilidade subjetiva, e uma ação de responsabilização das pessoas jurídicas, de acordo com os preceitos da Lei n.º 12.846/2013 e da responsabilidade objetiva.

Ora, se iniciado um processo coletivo e, posteriormente, outro for deflagrado, seja pelo mesmo legitimado ou não, contendo a mesma narrativa dos fatos já indicados na causa de pedir do primeiro, dar-se-á a obrigatória reunião por conexão, na forma do art. 55, *caput* e § 1º, do Código de Processo Civil⁶⁶², de modo que nenhum resultado prático produz o ajuizamento de duas ações em separado, salvo a prática de atos processuais absolutamente desnecessários e a violação da garantia fundamental à razoável duração processo.

Uma terceira corrente, por isso, defende que seja iniciado um único processo no qual deverá ser observada a aplicação simultânea das duas leis, tanto na formulação dos pedidos como na decisão final a ser tomada pelo órgão jurisdicional competente. O rito a ser observado, naturalmente, será aquele previsto para a ação por ato de improbidade administrativa (art. 17, *caput* e seus parágrafos, da Lei n.º 8.429/92), exatamente porque é ele que comporta maior amplitude de defesa. Os agentes públicos envolvidos e terceiras pessoas físicas serão responsabilizados apenas se comprovado o elemento subjetivo exigido para o respectivo ilícito, enquanto a pessoa jurídica será responsabilizada à luz da responsabilidade objetiva preconizada na Lei n.º 12.846/2013, ainda que o pedido seja julgado improcedente em relação aos agentes públicos que compõem o polo passivo.

O interesse social que é ínsito a todo e qualquer processo coletivo impõe que dele seja extraída a *máxima efetividade do processo coletivo*, não podendo o magistrado ficar refém de preciosismos procedimentais que sejam capazes de eliminar de uma lei todo o potencial que dela a sociedade espera que seja concretizado:

O legislador tem o dever de instituir procedimentos judiciais capazes de permitir a efetiva tutela dos direitos, bem como a adequada participação dos cidadãos na reivindicação e na proteção dos direitos. Acontece que o legislador não pode prever as técnicas processuais ideais para todos os casos conflitivos, não só porque as necessidades do direito material e da vida das pessoas são várias e estão em constante evolução, mas especialmente porque a adequação das técnicas processuais depende das particularidades do caso concreto. Por essa razão, o legislador resolveu deixar de lado a suposição de que o procedimento delineado em abstrato poderia servir a todos os conflitos e a ideia da imprescindibilidade da rigidez das formas. A solução foi estabelecer regras que conferissem maior poder ao juiz, dando-lhe a oportunidade de conformar o processo segundo as peculiaridades dos casos concretos. [...] Isso tudo é reflexo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva,

⁶⁶² Art. 55 do Código de Processo Civil. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir. § 1º. Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado.

que se dirige não apenas contra o legislador, obrigando-o a editar o procedimento judicial adequado, mas também contra o juiz, que deve prestar a efetiva tutela ao direito material e ao caso concreto. No caso da outorga de uma maior esfera de poder para a utilização da técnica processual adequada à situação conflitiva concreta, o juiz tem o dever de buscar a efetividade da tutela jurisdicional à luz da regra da proporcionalidade.⁶⁶³

Interpretações equivocadas a esse respeito, desconsiderando premissas básicas de efetividade processual e de integração dos diversos sistemas jurídicos que tratam de um mesmo tempo, representam uma grande ameaça e poderão criar sérios embaraços à correta e adequada aplicação da Lei n.º 12.846/2013.

4.3.7 Sentença do processo coletivo de responsabilização da pessoa jurídica

A sentença de procedência do petitório inicial proferida em processo coletivo de responsabilização de pessoas jurídicas será, de modo geral, *condenatória*, exatamente em decorrência do fato de se estar diante de uma ação coletiva de forte conteúdo sancionatório, como acontece com as ações por ato de improbidade administrativa. Nada impede, entretanto, provimentos jurisdicionais de outras espécies (declaratório, constitutivo ou mandamental), como preconiza o *princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum*.⁶⁶⁴ Assim, se detectada a ocorrência de fraude na formalização de um contrato administrativo, além da aplicação das devidas sanções à pessoa jurídica que lhe deu causa, poderá a sentença, também, anular o contrato, com base no art. 145 do Código Civil.⁶⁶⁵

A Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas preocupou-se, também, com a efetiva reparação dos danos causados ao erário⁶⁶⁶, não condicionando provimento jurisdicional a esse respeito ao pedido formulado pela parte autora, como, aliás, já faz, desde 1965, a Lei da Ação Popular.⁶⁶⁷ Trata-se de hipótese de julgamento *extra petita* expressamente permitido em lei, que pode dar causa, inclusive, à oposição de embargos de declaração por omissão. Assim, sempre que o magistrado julgar procedente o pedido formulado na exordial e aplicar qualquer das sanções previstas na Lei n.º 12.846/2013, deverá, obrigatoriamente, elaborar na sentença um capítulo afeto à obrigação de reparar o dano, inclusive indicando, se possível, o devido valor, ou, então, deverá deixar consignado que a conduta, apesar de ilícita, não causou prejuízo ao erário.

⁶⁶³ MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2008, p. 220.

⁶⁶⁴ ALMEIDA, *Direito Processual Coletivo Brasileiro – um novo ramo do direito processual*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 578.

⁶⁶⁵ Art. 145 do Código Civil brasileiro. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.

⁶⁶⁶ Art. 21, parágrafo único, da Lei n.º 12.846/2013. A condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença.

⁶⁶⁷ Art. 11 da Lei n.º 4.717/65. A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.

Quanto à aplicação das sanções propriamente ditas, a Lei n.º 12.846/2016, apesar de classificá-las em duas categorias diferentes, não limitou o processo judicial exclusivamente à aplicação das sanções judiciais. Fábio Medina Osório, a esse respeito, nunca condicionou o direito administrativo sancionador à presença, supostamente indispensável, da Administração Pública no polo sancionador. Assim, para o autor,

Sanção administrativa é o conteúdo de um ato sancionador, jurisdicional ou administrativo, consistente no mal ou castigo imposto ao administrado ou jurisdicionado, em caráter geral e *pro futuro*, conforme com as regras e princípios do direito administrativo, como consequência da prática de um ilícito administrativo por omissão ou comissão, traduzindo-se como privação de direito ou imposição de deveres, excluída a liberdade de ir e vir, com a restrição das penas disciplinares militares, no interior do processo administrativo ou judicial, tendo por finalidade a repressão da conduta ilegal, como reação jurídica à ocorrência de um comportamento proibido.⁶⁶⁸

A Lei n.º 12.846/2013 confirma a tese de Medina Osório, pois o seu art. 20 dá expressa autorização para que a responsabilização administrativa seja promovida no âmbito de um processo judicial sempre que constatada a omissão das autoridades administrativas máximas de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário quanto à responsabilização administrativa.

Essa omissão – que deverá ser provada no curso do processo para efeito de aplicação das sanções administrativas – guarda pertinência com a desídia da Administração Pública em relação à aplicação das sanções previstas na LIPJ, o que pode ocorrer em uma série de situações: ausência de regulamentação da lei no plano estadual ou municipal; falta de implementação de estrutura administrativa que permita aos órgãos de controle interno iniciar uma investigação ou um processo administrativo de responsabilização; investigações ou processos que, apesar de iniciados, se arrastam por um longo período, indefinidamente e sem qualquer conclusão⁶⁶⁹, etc.

Não se pode confundir, entretanto, omissão e juízo valorativo diverso. Se o Ministério Público simplesmente discordar da rejeição de determinada imputação no julgamento realizado pela autoridade máxima do órgão no bojo de processo administrativo de responsabilização, não poderá requerer a aplicação das sanções administrativas na peça exordial que inaugura o

⁶⁶⁸ OSÓRIO, *Teoria da improbidade administrativa – má gestão pública – corrupção – ineficiência*, op. cit., p. 192.

⁶⁶⁹ “Situação muito diversa ocorre se fosse constatado que as autoridades competentes não falharam em punir, mas estão a promover o pertinente processo administrativo, enfim, ele está em curso. Não há omissão neste sentido que, no caso, autorizaria a persecução judicial por parte do Ministério Público para aplicar também as penas do artigo 6º. Assim, cada processo, judicial ou administrativo, correrá em apartado, em homenagem à independência relativa de esferas. Mas cada qual perseguirá a aplicação de diferentes sanções, porque o processo judicial, neste caso, não pediria para se ministrar, em juízo, as penas do art. 6º. Estas, como visto, estão sendo apuradas na esfera administrativa” (HEINEN, op. cit., p. 273).

processo judicial, pois, assim como acontece nos processos administrativos disciplinares, o controle a ser efetuado pelo Poder Judiciário se restringe ao exame do efetivo respeito aos princípios da legalidade, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo-lhe vedado adentrar o mérito administrativo. O pedido a ser formulado pelo Ministério Público no processo judicial, neste caso, ficará restrito à aplicação das sanções judiciais, em vista da independência existente entre as instâncias.

Por outro lado, se detectar alguma violação do devido processo legal administrativo que possa gerar a anulação do PAR, poderá o órgão ministerial formular pedido nesse sentido e, subsidiariamente, pleitear a aplicação das sanções administrativas no âmbito de ação judicial coletiva de responsabilização, extraindo-se daí fundamental importância do parecer jurídico a ser apresentado pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público, antes do julgamento administrativo pela autoridade máxima do órgão (§ 2º do art. 6º da Lei n.º 12.846/2013).

É relevante registrar, por derradeiro, que as sanções administrativas (art. 6º, incisos I e II) e as sanções judiciais (art. 19, incisos I a IV) poderão ser aplicadas na sentença *isolada* ou *cumulativamente*, conforme previsão expressa do § 3º do art. 19 da LIPJ, devendo o magistrado, para tanto, fundamentar⁶⁷⁰ sua decisão atentando para os critérios de dosimetria e proporcionalidade sancionatória. Em verdade, apenas duas das sanções da Lei n.º 12.846/2013 estão sujeitas a uma gradação, com limites mínimo e máximo fixados em lei: a multa administrativa e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público. Todas as demais sanções não possuem variáveis legais e, por isso, apenas poderão ou não ser aplicadas, dependendo do caso concreto.

Assim, a variação do valor e do tempo de proibição dependerão das agravantes e atenuantes previstas no art. 7º da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas, a saber: a gravidade da infração; a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; a consumação ou não da infração; o grau de lesão ou perigo de lesão; o efeito negativo produzido pela infração; a situação econômica do infrator; a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa

⁶⁷⁰ Art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...].

jurídica; o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

Se for caso de aplicação da multa administrativa na sentença judicial (art. 20 da Lei n.º 12.846/2013), o magistrado, por óbvio, também deverá observar os critérios de cálculo estabelecidos nos arts. 17 a 23 do Decreto n.º 8.420/2015, devendo ser utilizado, como parâmetro, o faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da propositura da ação judicial, excluídos os tributos.

Sempre que o magistrado julgar procedente o pleito inicial e impuser à pessoa jurídica qualquer das sanções previstas na LIPJ, deverá atentar para o registro no Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP –, conforme determina o art. 22, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei n.º 12.846/2013.⁶⁷¹

Por fim, faz-se importante destacar que, apesar de haver a possibilidade de aplicação das sanções da Lei n.º 8.666/93 ao final do processo administrativo de responsabilização, conforme permissão expressa dos arts. 12 e 16 do Decreto n.º 8.420/2015, não é possível ao magistrado aplicá-las também nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, uma vez que o art. 20 é expresso no sentido de que, em caso de omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa, só poderão ser aplicadas no âmbito judicial as sanções previstas no art. 6º da Lei n.º 12.846/2013.

4.3.8 Regime diferenciado da coisa julgada

Fosse aplicado à risca no processo coletivo de responsabilização de pessoas jurídicas o regime da *coisa julgada* (ou do *caso julgado*, na linguagem jurídica portuguesa) previsto na Lei da Ação Civil Pública e, via de consequência, no Título III do Código de Defesa do Consumidor⁶⁷², a sentença produziria efeitos *erga omnes* e, ainda que transitasse em julgado declaração de improcedência do pedido formulado na inicial por insuficiência de provas, qualquer legitimado

⁶⁷¹ Art. 22 da Lei n.º 12.846/2013. Fica criado no âmbito do Poder Executivo federal o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, que reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base nesta Lei. § 1º Os órgãos e entidades referidos no caput deverão informar e manter atualizados, no CNEP, os dados relativos às sanções por eles aplicadas. § 2º O CNEP conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das sanções aplicadas: I – razão social e número de inscrição da pessoa jurídica ou entidade no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ; II - tipo de sanção; e III – data de aplicação e data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando for o caso.

⁶⁷² Art. 21 da Lei n.º 7.347/85. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

poderia intentar outra ação, com idêntico fundamento e valendo-se de nova prova, naquilo que a doutrina brasileira trata como coisa julgada *secundum eventum probationis*.⁶⁷³

Não é esse, entretanto, o entendimento que deve prevalecer.

Isso porque o regime diferenciado da coisa julgada concebido pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor foi idealizado para as ações coletivas de natureza não sancionatória, as quais têm por pano de fundo um interesse social altamente relevante que não pode ficar condicionado à capacidade ou à aptidão das partes de produzir provas ao longo do processo. O *princípio da supremacia do interesse público*, assim, se sobrepõe à coisa julgada para permitir, excepcionalmente, que seja o processo reaberto para discutir a mesma questão, a fim de não deixar sem a devida tutela jurisdicional questões afetas ao meio ambiente, aos direitos do consumidor, aos direitos das pessoas portadoras de deficiência, etc.

Assim, em processos coletivos com forte carga sancionatória – como são os afetos às ações por ato de improbidade de administração e às ações coletivas de responsabilização das pessoas jurídicas – não pode o demandado ficar exposto indefinidamente ao poder estatal, principalmente quando a deficiência no procedimento persecutório decorre de ação (ou omissão) do próprio Estado. Assim, o mesmo raciocínio e as mesmas razões utilizadas por Susana Henriques da Costa para as ações por ato de improbidade administrativa devem prevalecer, também, para os processos judiciais regulados pela Lei n.º 12.846/2013:

Diante de todo o até aqui exposto, o que se conclui é que à ação de improbidade administrativa aplica-se a regra geral prevista no Código de Processo Civil. Não há que se falar, nessa espécie de demanda, em ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada, sequer de coisa julgada *secundum eventus litis* e *secundum probationem*. Assim, após o esgotamento das vias recursais, a sentença de improbidade fará coisa julgada formal. Caso essa sentença seja de mérito, fará também coisa julgada material, o que implica imutabilidade do quanto decidido, bem como dos efeitos que a decisão vier a projetar para fora do processo. A imunização da sentença e de seus efeitos, por seu turno, independe do resultado do processo e, portanto, incidirá ainda que se trate de improcedência por falta de provas. [...] Concluir de forma diversa é deixar o indivíduo à mercê de possibilidade de reiteração de demandas que possam vir a atentar contra a sua esfera de liberdades. Tal prática se mostra injustificável dentro da noção de Estado de Direito e de limitação do poder estatal em face do indivíduo.⁶⁷⁴

⁶⁷³ Art. 103 da Lei n.º 8.078/90. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; [...].

⁶⁷⁴ COSTA, *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 308. Em sentido contrário: “E o art. 16 em comento é aplicável ao campo da ação civil por improbidade: [...] c) a três, em razão da conveniência da adoção da técnica da coisa julgada *secundum eventum litis* e *in utilibus*, única capaz de potencializar a tutela do patrimônio público, evitando que demandas mal propostas pelos substitutos processuais, intencionalmente ou não, acabem por aviltar os escopos perseguidos pelo legislador constituinte e pela própria Lei n. 8.429/92” (GARCIA/ALVES, *op. cit.*, p. 1119).

É importante frisar, por derradeiro, que não é admissível no processo judicial a tese defensiva da *coisa julgada administrativa*, eis que o resultado do processo administrativo de responsabilização das pessoas jurídicas, seja ele qual for, não produz qualquer repercussão no âmbito judicial⁶⁷⁵, na exata dicção do art. 18 da Lei n.º 12.846/2013: “Na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial”. Aliás, não fosse assim, a lei incorreria em flagrante inconstitucionalidade por violação do *princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição*⁶⁷⁶. A recíproca, entretanto, não é verdadeira, pois o reconhecimento judicial acerca da inexistência de autoria, da inocorrência material do fato ou da configuração das causas de justificação penal produzem efeitos na seara do processo administrativo.⁶⁷⁷

Por fim, deve-se aplicar também aos processos judiciais da Lei de Integridade das Pessoas Jurídicas a regra contida no inciso II do art. 21 da Lei de Defesa da Probidade Administrativa, devendo ser rejeitada qualquer tese defensiva suscitada pela pessoa jurídica responsabilizada no sentido de que as contas do gestor público com o qual manteve relação ou celebrou contrato administrativo foram aprovadas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

⁶⁷⁵ Em sentido contrário: “A independência e autonomia das instâncias como assentado nesse art. 18, nada obstante, devem ser compreendidas em perspectiva. Ou seja, se a investigação administrativa comprova que o fato ou ato não aconteceu ou não é de autoria do investigado, pessoa jurídica ou física, ou ainda se ocorreu circunstância que exclui a responsabilidade pela conduta ou exclui seu caráter ilícito, tais são circunstâncias que forçosamente se transmitem ao processo judicial ou podem nele ser opostas pela parte interessada tal como no processo penal – se aceita a coisa julgada civil nas hipóteses dos arts. 92 a 94 do CPP – do mesmo modo que se aceita no cível a coisa julgada na ação penal (arts. 63 a 68 do CPP)” (DIPP/CASTILHO, *op. cit.*, pp. 93-94).

⁶⁷⁶ Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁶⁷⁷ *Vide*, a esse respeito, com mais detalhamento, Capítulo II, Item 4.4.

CONCLUSÃO

O que traz instabilidade é a corrupção e não o enfrentamento da corrupção.

O problema não está na cura, mas, sim, na doença.

A vergonha está na corrupção, não na aplicação da lei.

O Brasil pode se orgulhar de estar, dentro da lei, enfrentando seriamente a corrupção.

Sérgio Fernando Moro

O século XXI trouxe consigo mudanças profundas no comportamento das pessoas e no mundo que vivemos, as quais se refletem diretamente nas empresas. Já não basta mais produzir com qualidade, entregar bons serviços e ter uma conduta correta com funcionários e consumidores. Há tempo isso se tornou o mínimo que se espera das companhias. O que é valorizado hoje diz respeito ao conjunto de valores da empresa e o quanto ela contribui para transformar o planeta em um lugar melhor, ou seja, o reconhecimento da empresa por externalidades positivas, boas práticas, idoneidade e integridade representa, além de um dever, um olhar moderno de geração de valor.

Brasil e Portugal passam por um período de incertezas econômicas e políticas. O cenário mundial, no entanto, é favorável a mudanças culturais, pois é urgente a adoção de um novo comportamento por parte de todos os países no que diz respeito ao combate à corrupção, a qual é capaz de minar simultaneamente as condições para o desenvolvimento econômico e as bases para o funcionamento de uma forma democrática de governo. Não há dúvidas, por isso, de que a transparência e a integridade precisam ser fortalecidas, até porque, a não ser assim, muitos países perderão os investimentos dos empresários que já constataram o alto custo de realizarem negócios em locais onde o risco de prejuízos é muito maior do que o lucro que eles podem auferir.

Essa evolução já está sendo sentida a curto prazo e a expectativa é de que ela se estabilize ao longo das próximas décadas. Atualmente, políticos envolvidos em escândalos de corrupção encontram cada vez mais dificuldades para ascender a cargos públicos por força da rejeição dos eleitores agora mais conscientes, assim como as organizações que se pautam no conceito de integridade têm muito mais possibilidades de satisfazer seus *stakeholders* – dos fornecedores, funcionários e acionistas aos clientes e membros da comunidade. Por isso, a classe política se preocupa cada vez mais com temas relacionados com o combate à corrupção e as empresas estão cada vez mais apoiando a cultura da integridade em suas relações negociais.

A essência última do problema da corrupção reside na impunidade. A corrupção é universal, mas, como demonstrado, a diferença entre países com índices positivos e negativos de percepção da corrupção reside no fato de haver localidades onde se pune com severidade e as penas se cumprem, o que se transforma num elemento inibitório na hora de se cometer atos ilícitos. Por isso, o enfrentamento da corrupção na Administração Pública e nas corporações exige um sistema judicial independente, dotado de profissionais capacitados, competentes e bem formados, cultural e tecnicamente. Nenhum profissional do Direito está autorizado a escapar dos problemas mais difíceis e eticamente carregados sob o argumento de que “nada pode ser feito a respeito”.

Quando visto no contexto da batalha global contra a corrupção, os resultados produzidos pelo FCPA e os esforços políticos dos EUA perante a OCDE representam um aspecto relativamente pequeno, mas muito importante na luta contra a corrupção mundial. Isso porque a internacionalização do combate à corrupção evita a realização de negócios com base no pagamento de vantagens ilícitas que são capazes de destabilizar governos estrangeiros, principalmente os dos países emergentes ou em desenvolvimento.

A cruzada anticorrupção exige políticas públicas, engajamento do empresariado e apoio da sociedade civil organizada em uma campanha organizada e eficaz entre países, regiões e continentes. Uma intervenção coerente e eficaz no domínio da prevenção da corrupção passa pela assunção da co-responsabilização entre quem detém e exerce o poder público e os destinatários das políticas, bem como as entidades que partilham a responsabilidade pelo funcionamento do sistema econômico. Investimentos no aprimoramento das leis e na criação ou reforma de instituições governamentais capazes de promover a transparência e reduzir as chances de ocorrência de corrupção são muito importantes, mas a construção de um ambiente íntegro que envolva tanto o setor público quanto o privado está diretamente vinculada ao componente ético-cultural, de formação de valores e disseminação continuada de boas práticas.

Em um ambiente em que a integridade não prevalece, vontade política, organização e educação são as chaves para o início de uma mudança.

Por isso, no âmbito governamental, o primeiro passo é a assunção pela classe política do dever de dar bons exemplos, para que possam ter a confiança dos cidadãos na construção de uma sociedade mais ética. Esse compromisso deve vir atrelado a um amplo e completo acesso a

qualquer informação afeta aos atos do Poder Público, em quantidade e qualidade, aproximando o cidadão da Administração Pública para que ocorra não apenas a devida participação popular no processo de tomada de decisões, mas, também, a necessária fiscalização. O exercício da ação pública sustentada na boa governança, assim, impõe um Estado absolutamente transparente.

Um efetivo controle social dos atos administrativos trará reflexos diretos não apenas nos pleitos eleitorais, mas, principalmente, no comportamento dos atores políticos. Os atuais sistemas de controle interno e externo já vêm contribuindo para o aumento da *accountability* governamental e para a melhoria da prestação dos serviços públicos, mas ainda podem avançar muito mais, principalmente no campo da autonomia financeira, da independência funcional e da valorização dos auditores de carreira. O que se espera é que o controle – social, interno e externo – exerça um papel proativo no sentido de consolidar a democracia pela transparência e de aprimorar a eficiência das instituições estatais.

As empresas, ao longo da história, se adaptaram à realidade que se apresenta usando diferenciados modelos de “gestão da corrupção”, algumas se aproveitando do contaminado ambiente negocial para maximizar seus lucros, outras enfrentando toda sorte de pressão criminosa para se manter em operação e preservar a reputação construída durante anos de trabalho⁶⁷⁸. Infelizmente, algumas desistiram e preferiram fechar as portas a sucumbir aos esquemas corruptos⁶⁷⁹.

Um primeiro modelo empresarial trata a corrupção como instrumento de realização de negócios, não importando se o país onde desenvolve suas atividades tenha alto ou baixo índice de percepção desse tipo de ilícito. Assim, ao invés de investir na qualidade do produto ou do serviço prestado, prefere injetar recursos na ilícita entabulação dos negócios, seja pela via direta, com o oferecimento de vantagens àquele com quem está negociando, ou pela via indireta, realizando tráfico de influência.

⁶⁷⁸ “Seja qual for o sistema, sempre haverá a possibilidade de dizer: ‘Este jogo eu não jogo’. Não me venham querer fazer acreditar que as condições de vida possam ser tais que eu me veja impedido, em última instância, até mesmo de recusar-me a participar do jogo quando não houver nenhuma possibilidade de que ele seja conduzido como eu quero. Dizer, portanto, que o sistema constrange à corrupção sem que haja nenhuma possibilidade de questionamento me parece extremamente confortável para todos aqueles que buscam, muitas vezes, tirar de si a responsabilidade pelas escolhas diárias” (CORTELLA/BARROS FILHO, *op. cit.*, p. 64).

⁶⁷⁹ Apenas a título exemplificativo, merece citação do caso da Xerox do Brasil, que fechou uma unidade no Espírito Santo e divulgou uma carta aberta, em fevereiro de 2001, apontando como causa a cobrança de propina para a liberação de financiamentos do extinto FUNDAP. “Gerentes e diretores da empresa tinham que conviver com o constrangimento provocado por pessoas sem qualquer escrúpulo que ofereciam seus préstimos e a sua intermediação onerosa para liberar os financiamentos retidos”, afirmou, na época, o presidente da Xerox do Brasil, Guilherme Bettencourt (HEES, “Sucessão estadual”, *A Gazeta* [online], 18 de setembro de 2010 [disponível em <http://gazetaonline.globo.com/conteudo/2010/09/669612-sucessao+estadual.html>, acesso em 19 de julho de 2016]).

No plano interno, mascaram suas auditorias e seus relatórios financeiros para fraudar a fiscalização e escapar do correto recolhimento de impostos. Além disso, preferem, no seu corpo técnico, pessoas que possuam algum grau de parentesco ou de relacionamento de amizade com autoridades públicas do que profissionais mais capacitados, gerando, para os funcionários, um clima organizacional que transmite mensagem de baixíssima integridade.

Um segundo modelo empresarial preocupa-se com o cumprimento das leis, mas, por outro lado, é completamente leniente: a corrupção não faz parte do negócio, mas também não há nenhuma política interna de implementação de controles internos efetivos no sentido de evitá-la. Por esse modelo, a responsabilidade pela identificação de práticas ilícitas, no seio da organização, é transferida única e exclusivamente para as autoridades competentes e, em algumas situações, a corrupção privada é encarada até com uma certa utilidade.

O maior problema desse modelo – além da óbvia omissão e estímulo à prática de atos mais graves – está no alijamento dos funcionários íntegros que não se submetem em hipótese alguma a condutas irregulares e ficam prejudicados pela estagnação de seus salários.

O fato é que, mais recentemente, diante dos escândalos mundiais de corrupção em sequência, o interesse do setor privado em enfrentar abertamente o problema se tornou mais do que um mero sinal de boa vontade de empresas comprometidas – transformou-se num fator essencial do ponto de vista de gestão de riscos empresariais e, em alguns casos, até numa questão de sobrevivência das companhias, dada a maior possibilidade de detecção e punição da corrupção por parte das autoridades públicas. As empresas estão aprendendo da maneira mais difícil que podem ser responsabilizadas por não dar atenção suficiente às ações de seus empregados, das empresas associadas, dos parceiros comerciais e de seus agentes. O rápido desenvolvimento das regras de governança corporativa ao redor do mundo também está levando as empresas a estabelecerem medidas anticorrupção como parte de sua política interna a fim de valorizar a sustentabilidade empresarial, de conservar sua reputação e de proteger os interesses dos seus *stakeholders*.

Por isso, timidamente vem surgindo uma terceira modelagem organizacional de instituição de uma política interna de enfrentamento à corrupção, inclusive com implementação espontânea de controles internos rígidos para coibi-la e ainda que não haja uma plataforma legal de imposição de medidas. Muitas empresas ainda resistem a este modelo de integridade empresarial, pois é necessária coragem para explicar aos investidores a razão pela qual

determinado negócio acabou nas mãos de um concorrente desonesto ou, em circunstâncias extremas, os motivos pelos quais o comércio ético, em um determinado país, é impossível, embora seja tentadora a expansão dos negócios naquela região. Apesar disso, diante do cenário global, é nessa modelagem que as empresas ainda encontram melhores condições para gerar uma maior lucratividade, sendo inegável haver uma forte tendência em sua implementação.

Enquanto isso não acontece em larga escala, muitas empresas continuam seguindo as duas primeiras linhas apresentadas, principalmente nos países de corrupção histórica endêmica e profundamente enraizada na sociedade. A verdade é que os empresários se acostumaram a conviver com a corrupção, com a fraude, com a concussão e com a colusão, até porque, sem vislumbrar outras alternativas, temem ficar alijados do mercado e não ter competitividade em contratações públicas, inviabilizando o seu próprio negócio.

Por tudo isso, no meio corporativo, os primeiros movimentos pela busca de um programa de integridade efetivo apenas surgirão diante do risco de uma punição severa. Entretanto, após certo tempo, o que se espera é que as empresas se acostumem com o novo cenário e passem a ver a ferramenta como um elemento do negócio. Por último, chegará o momento em que as companhias passarão a investir no aprimoramento de seus programas de integridade diante da percepção dos benefícios que o cumprimento das regras e regulamentos traz para os negócios.

Se a transgressão nasce na mente dos homens e se as motivações individuais derivam tanto do quadro de valores do próprio infrator, como também dos valores partilhados pelos colegas de trabalho e pela própria organização profissional da qual faz parte, então é nas organizações governamentais e empresariais que devem ser construídas as linhas de defesa da integridade contra as práticas ilícitas. Essa desejada mudança de comportamento, com orientação das pessoas para as boas práticas e para a correção por convicção, também trará consigo a formação de melhores cidadãos, agregando valor à sociedade. Isso significa que garantir a integridade em uma companhia ou em um órgão governamental vai muito além dos objetivos da boa governança, pois envolve a formação de uma cultura que seja capaz de levar cada profissional a refletir sobre os princípios éticos contidos em cada escolha do cotidiano, em qualquer dimensão de suas vidas.

Se por um lado os empresários devem buscar, por si próprios, estratégias de *collective actions*, soluções para eliminar fraudes e colaborar para um ambiente saudável de negócios, por outro aumenta a cobrança da sociedade por uma governança corporativa mais clara e transparente por

parte das empresas, o que impõe o necessário engajamento por parte do setor público, que é o maior comprador de bens e serviços. Nesse ponto, espera-se que a classe política, governantes e servidores públicos compreendam que a revolução ética que se inicia é essencial para a sobrevivência de todos os países, inclusive Brasil e Portugal, e que somente estará completa quando o conceito de integridade criar raízes também na Administração Pública.

As empresas, de modo geral, ainda consideram a implementação de programas de integridade apenas um custo e não uma fonte de vantagem competitiva, o que pode muito facilmente levar a falsas economias⁶⁸⁰. O mercado internacional, entretanto, vem passando por uma rápida e forte transformação, o que certamente fará com que grandes progressos sejam alcançados⁶⁸¹ – o fortalecimento dos programas de governança corporativa em prol de mais transparência e ética é uma cobrança não apenas do mercado, mas também da própria sociedade.

Assim, se Brasil e Portugal desejam alcançar uma participação comercial mais intensa no exterior, precisam acelerar o processo de fortalecimento da integridade no plano governamental, sob pena de verem qualquer tentativa de expansão comercial prejudicada. A integridade como pilar central de sustentação de qualquer organização, assim, configura a única maneira de desenvolver uma cultura interna sólida que desperte na consciência dos funcionários a certeza de que o caminho da correção é o único a ser seguido. De outro lado, as empresas brasileiras e portuguesas precisam reconhecer o quanto antes os enormes benefícios e vantagens que podem ser extraídos a partir da implementação de um programa de integridade, passando a encarar aquilo que for gasto nesse sentido como um investimento, e não como uma despesa.

Também é verdade que, na atualidade, existe um dado novo: uma sociedade mais empoderada, mobilizada e com acesso à informação, na qual predomina a saturação dos cidadãos em relação à corrupção. Uma sociedade que não tem os níveis de tolerância e passividade de antes com os desvios comportamentais dos governantes e que se mobiliza para pressionar o sistema político.

⁶⁸⁰ De acordo com pesquisa realizada em 2015 pela consultoria de gestão de riscos ICTS Protiviti, 48% das 642 empresas de diferentes portes estudadas ainda têm um nível de maturidade de compliance baixo ou muito baixo, 27% estão com um grau médio e somente 25% apresentam nível entre médio alto e alto de compliance. As próprias empresas reconheceram que ainda não estão prontas para cumprir a nova Lei Anticorrupção: de acordo com a mesma pesquisa, quase metade das empresas brasileiras (46,9%) assumiu não ter preparo para cumprir a Lei Anticorrupção e apenas 51,7% das entrevistadas afirmaram possuir estruturas organizacionais para prevenir o envolvimento em práticas corruptas (Pesquisa realizada com 231 empresas que mantêm operações no Brasil, com dados coletados entre setembro de 2014 e janeiro de 2015 pela da Avaliação do Nível de Maturidade de Compliance da ICTS. ICTS – Gestão de Riscos Consultoria e Serviços, “Pesquisa sobre o nível de maturidade de compliance – resultados”, 2015 [disponível em http://www.icts.com.br/v2/files/News/39/pesquisa_maturidade_compliance_icts.pdf, acesso em 18 de agosto de 2016]).

⁶⁸¹ A pesquisa “International Business Attitudes to Corruption 2014/2015”, promovida pela consultoria *Control Risks*, demonstrou que os procedimentos anticorrupção estão firmemente colocados na agenda corporativa internacional. A maioria das empresas com negócios no Brasil, certamente em razão do despreparo e do impacto decorrente da entrada em vigor Lei n.º 12.846/2013, segue o mesmo caminho: 54,3% das entrevistadas, de acordo com pesquisa, indicaram que planejam aumentar o seu investimento na mitigação de riscos de corrupção, percentual, esse, inclusive, superior ao do Reino Unido (44,8%), o segundo colocado na investigação (CONTROL RISKS, *International Business Attitudes to Corruption, Survey 2014/2015*, 2015 [disponível em <https://www.controlrisks.com/~media/Public%20Site/Files/Reports/corruptionsurvey2015.pdf>, acesso em 11 de agosto de 2016]).

Esta é uma evolução social que se encontra umbilicalmente ligada à transformação da cultura de um país e à construção de uma sociedade mais justa, embora muitos cétricos considerem essas vertentes uma mera utopia.

A utopia, entretanto, pode ser considerada a chave da constante evolução de qualquer ser humano rumo à integridade. Atribui-se ao jornalista e escritor uruguaio Eduardo Galeano, inclusive, a seguinte passagem sobre a utopia: “La utopía está en el horizonte. Me acerco dos pasos, ella se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. Por mucho que camine, nunca la alcanzaré. Entonces ¿para qué sirve la utopía? Para eso: para caminar”⁶⁸².

Galeano, diante da beleza da citação e do prestígio inerente à sua autoria, poderia simplesmente ter permitido que a história seguisse o seu curso natural, silenciando a respeito. Sua escolha, contudo, acabou sendo outra: em uma entrevista gravada em vídeo⁶⁸³, preferiu deixar claro que o autor da citação é, na verdade, o cineasta argentino Fernando Birri.

Isso é integridade.

⁶⁸² Tradução livre: A utopia está no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais a alcançarei. Então para que serve a utopia? Para isso: para caminhar.

⁶⁸³ GALEANO, “The UTOPIA, according to Fernando Birri” [publicado em 13 de março de 2013 por carlosLapislazuli] [ficheiro de vídeo] [disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=is4rP--i6uw&feature=youtu.be>, acesso em 10 de dezembro de 2016].

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACFE – Association of Certified Fraud Examiners, “2016 Report to the Nations on Occupational Fraud and Abuse, 2016 Global Study”, 2016 [disponível em <https://www.acfe.com/rtn2016/docs/2016-report-to-the-nations.pdf>, acesso em 28 de julho de 2016].

ACWG – G20 Anti-Corruption Working Group, “Introductory Note to the G20 Anti-Corruption Open Data Principles”, G20, Turkey, 2015 [disponível em <http://www.g20.utoronto.ca/2015/G20-Anti-Corruption-Open-Data-Principles.pdf>, acesso em 29 de abril de 2016].

ADEODATO, J. M., *Corrupção sistêmica, democracia e “natureza humana” – Uma velha tese*, Diário de Pernambuco, edição de 8 de novembro de 2015 [disponível em http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/opiniaio/46,97,43,74/2015/11/08/interna_opiniaio,130469/corrupcao-sistematica-democracia-e-natureza-humana-uma-velha-tese.shtml, acesso em 20 de julho de 2016].

AFLAC, “Aflac Corporate Social Responsibility: Survey Fact Sheet”, Viewpoint Business, 2015 [disponível em <https://philanthropy.com/items/biz/pdf/AflacCorporateSocialResponsibility.pdf>, acesso em 12 de julho de 2016].

ALBERNAZ, L. R./GOMES, M. B., “Governança pública e controle”, in *Controladoria no setor público*, coord. A. C. BLIACHERIENE, et al., Belo Horizonte, Fórum, 2016.

ALESSI, G./OLIVEIRA, A., “A Crise Política no Brasil: Lava Jato faz Brasil tremer com lista de doações da Odebrecht a políticos e depois impõe sigilo”, *Jornal El País – Brasil* [online], 24 de março de 2016 [disponível em http://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/23/politica/1458751179_417837.html, acesso em 3 de julho de 2016].

ALIGHIERI, D., *A Divina Comédia* [Trad. Cristiano Martins, Belo Horizonte, Itatiaia, 1976].

ALMEIDA, A., “A Acção Popular e a Lesão dos Bens Ambientais”, in *Lusíada Revista de Ciência e Cultura*, n.^{os} 1 e 2, 2002.

ALMEIDA, G. A., *Direito material coletivo: Superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*, Belo Horizonte, Del Rey, 2008.

_____, *Direito Processual Coletivo Brasileiro – um novo ramo do direito processual*, São Paulo, Saraiva, 2003.

_____, *Manual das ações constitucionais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

ALTOÉ, M. M., “Desafios na implementação da Lei da Probidade Empresarial pelos Estados e a experiência da Secretaria de Estado de Controle e Transparência do Espírito Santo”, in *Lei Anticorrupção e temas de compliance*, 2ª ed., org. J. M. SOUZA, et al., Salvador, JusPodivm, 2017.

AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros, “Juízes Contra a Corrupção: Diagnóstico do problema da impunidade e possíveis soluções propostas pela AMB”, Brasil, 2007 [disponível em http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_stf.pdf, acesso em 30 de julho de 2016].

AMIN, G., *Egypt in the Era of Hosni Mubarak*, Cairo, American University in Cairo Press, 2011.

AMUNDSEN, I., *Political Corruption: An Introduction to the Issues*. Bergen, Chr. Michelsen Institute, 1999.

ANDRADE, J. C. V., *A Justiça Administrativa*, 11ª ed., Lisboa, Almedina, 2011.

ARIELY, D., *A mais pura verdade sobre a desonestidade*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2012.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco* [Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross, in *Os Pensadores*, São Paulo, Nova Cultural, 1973, vol. 4].

ASSOCIATION OF CERTIFIED FRAUD EXAMINERS (ACFE), *Report to the Nations on Occupational Fraud and Abuse, 2016 Global Fraud Study*, 2016 [disponível em <https://s3-us-west-2.amazonaws.com/acfepublic/2016-report-to-the-nations.pdf>, acesso em 24 de setembro de 2016].

ATALIBA, G., *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*, São Paulo, Editora RT, 1968.

_____, *Regime constitucional dos Servidores Públicos*, 2ª ed., São Paulo, Editora RT, 1990.

ATRICON – Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil, *Normas de Auditoria Governamental – NAGs: Aplicáveis ao Controle Externo*, Brasília, Instituto Rui Barbosa, 2010.

BALBE, R. S., *Controle interno e o foco nos resultados*, Belo Horizonte, Fórum, 2013.

BANCO MUNDIAL, Discurso de abertura de James D. Wolfensohn na reunião anual, 1º de outubro de 1996 [disponível em <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/ORGANIZATION/EXTPRESIDENT/EXTPASTPRESIDENTS/PRESIDENTEXTERNAL/0,,contentMDK:20025269~menuPK:232083~pagePK:159837~piPK:159808~theSitePK:227585,00.html>, acesso em 20 de julho de 2016].

BANDEIRA DE MELLO, C. A., *Curso de direito administrativo*, 25ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008.

- BANDIERA, O./PRAT, A./VALLETTI, T., “Active and Passive Waste in Government Spending: Evidence from a Policy Experiment”, in *American Economic Review*, 99(4), 2009, pp. 1278-1308.
- BAPTISTA, R. R., “Dilemas e boas práticas do modelo multijurisdicional no combate a ilícitos transfronteiriços: algumas pautas para a aplicação da Lei n.º 12.846/2013”, in *Lei Anticorrupção e temas de compliance*, 2ª ed, org. J. M. SOUZA, et al., Salvador, JusPodivm, 2017.
- BARBACETTO, G./GOMEZ, P./TRAVAGLIO, M., *Operação Mãos Limpas: a verdade sobre a operação italiana que inspirou a Lava Jato*, Porto Alegre, Citadel, 2016.
- BARBOSA MOREIRA, J. C., *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, vol. V: arts. 476 a 565, Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- BARROS FILHO, C./PRAÇA, S., *Corrupção: Parceria degenerativa*, Campinas, Papirus 7 Mares, 2014.
- BARROSO, L. R., *Curso de direito constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.
- BASTOS, C. R., *Hermenêutica e interpretação constitucional*, 2ª ed, São Paulo, Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- BATISTA, A., *Corrupção: O 5º poder – repensando a ética*, 14ª ed., São Paulo, EDIPRO, 2015.
- BAUMAN, Z./BORDONI, C., *Estado de Crise* [Trad. Renato Aguiar, Rio de Janeiro, Zahar, 2016].
- BECCARIA, C., *Dos delitos e das penas* [Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999].
- BECKER, G., “Crime and punishment: An economic approach”, in *The Journal of Political Economy*, vol. 76, 1968.
- BENEDETTI, C. R., *Criminal compliance – instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal*, São Paulo, Quartier Latin, 2014.
- BERTONCINI, M., “Comentários aos artigos 16 e 17”, in *Lei Anticorrupção: comentários à Lei n.º 12.846/2013*, org. M. BERTONCINI, São Paulo, Almedina, 2014.
- BITTENCOURT, S., *Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013*, São Paulo, RT, 2014.
- BLANCHARD, K./PEALE, N. V., *The Power of Ethical Management*, New York, William Morrow and Company, Inc., 1998.
- BOBBIO, N., *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro, Campus, 1992.
- _____, *O Futuro da Democracia*, 6ª ed., São Paulo, Paz e Terra, 1997.

BOBBIO, N./MATTEUCCI, N./PASQUINO, G., *Dicionário de Política* [Trad. Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1998].

BOLT, R., “Public Corruption for Profit”, in *Character and Cops – Ethics in Policing*, 4ª ed., coord. E. J. DELATTRE, Washington, The AEI Press, 2002.

BORGES, A., “TCU determina nova licitação para obras do aeroporto de Vitória”, *Valor Econômico*, 7 de maio de 2014 [disponível em <http://www.valor.com.br/brasil/3539952/tcu-determina-nova-licitacao-para-obras-do-aeroporto-de-vitoria>, acesso em 19 de setembro de 2016].

BOTTINI, P. C./TAMASAUSKAS, I. S., “A controversa responsabilidade objetiva na denominada Lei Anticorrupção”, in *Revista Consultor Jurídico*, 9 de dezembro de 2014 [disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-dez-09/direito-defesa-controversa-responsabilidade-objetiva-lei-anticorrupcao>, acesso em 27 de novembro de 2016].

BOTTINO, T., “Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na Operação Lava Jato”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais – Volume Especial, Operação Lava Jato*, Ano 24, vol. 122, agosto de 2016.

BRAGA, M. V. A., “Dos galhos à raiz – a percepção das irregularidades e a atuação do controle interno”, in *Controladoria no setor público*, coord. A. C. BLIACHERIENE, et al., Belo Horizonte, Fórum, 2016.

BRAGA, M. V. A., “O equilíbrio entre a lebre e a tartaruga”, in *Revista Gestão Pública e Desenvolvimento*, n.º 73, Brasília, janeiro de 2014.

BRANDÃO, P. T., *Ação Civil Pública*, 2ª ed., Florianópolis, Obra Jurídica, 1996.

BRASIL, Discurso proferido, em 12/09/2016, pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse da Ministra Cármen Lúcia como Presidente da Suprema Corte do Brasil.

_____, Ministério da Transparência e da Controladoria-Geral da União, “Histórico: A CGU atua na defesa do patrimônio público e no incremento da transparência da gestão desde 2003. Conheça a história do órgão de controle interno do Poder Executivo Federal”, [website] 30 de janeiro de 2014 [disponível em <http://www.cgu.gov.br/sobre/institucional/historico>, acesso em 29 de outubro de 2016].

_____, Ministério da Transparência e da Controladoria-Geral da União, “Integridade no Sector Privado: O que significa ser uma empresa íntegra?” [disponível em <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/setor-privado/o-que-significa-ser-uma-empresa-integra>, acesso em 16 de agosto de 2016].

_____, Senado Federal, “Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – Ambulâncias (Relatório Final)”, Brasília, dezembro de 2006 [disponível em <https://www.senado.gov.br/atividade/Comissoes/CPI/RelatorioFinalAmbulancias.asp>, acesso em 11 de setembro de 2016].

BROOKS, R., “The Nature of Political Corruption”, in *Political Corruption: Readings in Comparative Analysis*, Londres, Holt, Rinehart and Winston, 1910.

BUCHAN, B./HILL, L., *An Intellectual History of Political Corruption*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2014.

BURKE, T. F., “The Concept of Corruption in Campaign Finance Law”, in *Constitutional Commentary*, vol. 14, Spring 1997 [disponível em <http://ssrn.com/abstract=2556455> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2556455>, acesso em 20 de agosto de 2016].

CABRERA, M. G., “Compliance e imputação objetiva: criação de risco proibido”, in *Compliance e Direito Penal*, coord. F. A. GUARAGNI/P. C. BUSATO, São Paulo, Atlas, 2015.

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, *Guia Programas de Compliance: Orientações sobre Estruturação e Benefícios da Adoção dos Programas de Compliance Concorrencial* (versão preliminar) Ministério da Justiça, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Brasília, s. d. [disponível em <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-apresenta-proposta-de-guia-sobre-programas-de-compliance-concorrencial/guia-compliance-versao-preliminar.pdf>, acesso em 12 de agosto de 2016].

CADILHA, C. F./AROSIO DE ALMEIDA, M., *Comentário ao Código de Processo dos Tribunais Administrativos*, 3ª ed., Lisboa, Almedina, 2010.

CAMBI, E., “Comentários ao artigo 5º”, in *Lei Anticorrupção: comentários à Lei n.º 12.846/2013*, org. M. BERTONCINI, São Paulo, Almedina, 2014.

CANARIS, C.-W., *Pensamento sistemático e o conceito de sistema na ciência do direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J. J. G., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 2002.

_____, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. G./MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 1993.

CAPANEMA, R. O., “Inovações da Lei n.º 12.846/2013”, in *Lei Anticorrupção Empresarial – aspectos críticos à Lei n.º 12.846/2013*, org. M. D. NASCIMENTO, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2014.

- CARVALHO, J. M., “Quem transgride o quê?”, in *Cultura das Transgressões no Brasil – Lições da História*, 2ª ed., coord. F. H. CARDOSO/M. M. MOREIRA, São Paulo, Saraiva, 2008.
- CARVALHO, P. R. G., “Legislação anticorrupção no mundo: análise comparativa entre a Lei Anticorrupção Brasileira, o *Foreign Corrupt Practices Act* norte-americano e o *Bribery Act* do Reino Unido”, in *Lei Anticorrupção*, org. J. M. SOUZA, et al., Salvador, JusPodivm, 2015.
- CASTRO, L. P. V., “Juízes, Fraudes e Genocídio”, *Jornal O Globo*, 25 de fevereiro de 2002.
- CCP – Confederação do Comércio e Serviços de Portugal, “Código de Ética para o Comércio e Serviços”, 2005 [disponível em <http://www.ccp.pt/CCP/pt-PT/28/72/Doc1.aspx?AspxAutoDetectCookieSupport=1>, acesso em 03 de novembro de 2016].
- CGU – Controladoria-Geral da União, “Escala Brasil Transparente (EBT)”, Panorama dos Governos Estaduais – 2ª avaliação [disponível em http://relatorios.cgu.gov.br/Visualizador.aspx?id_relatorio=9, acesso em 12 de março de 2016].
- CHAMBERS, R., “Internal Audit: More Than Brakes, It’s Part of the Navigation System” [blog post], *Internal Auditor*, January 11, 2016 [disponível em <https://iaonline.theiia.org/blogs/chambers/2016/Pages/Internal-Audit-More-Than-Brakes,-Its-Part-of-the-Navigation-System.aspx>, acesso em 14 de novembro de 2016].
- CHOPRA, S., *Liderando pelo exemplo: Os 10 princípios fundamentais dos líderes de sucesso* [Trad. Paulo Polzonoff Júnior, Rio de Janeiro, Elsevier, 2012].
- CÍCERO, M. T., *Dos Deveres*, São Paulo, Editora Martin Claret, 2009.
- CLOUD, H., *Integridade: A coragem de enfrentar as demandas da realidade* [Trad. Denise Avalone, São Paulo, Vida Nova, 2011].
- COELHO, J. E. X., “O controle interno na perspectiva constitucional”, in *Controladoria no setor público*, coord. A. C. BLIACHERIENE, et al., Belo Horizonte, Fórum, 2016.
- COELHO, J. E. X./BLIACHERIENE, A. C., “Desenvolvimento institucional do controle interno brasileiro: construção político-institucional”, in *Controladoria no setor público*, coord. A. C. BLIACHERIENE, et al., Belo Horizonte, Fórum, 2016.
- COHN & WOLFE – Global Communications & Public Relations Agency, “What does it mean to be authentic?”, 2012 [disponível em <http://authentic100.com/>, acesso em 12 de julho de 2016].
- COIMBRA, M. A./MANZI, V. A., *Manual de Compliance*, São Paulo, Atlas, 2010.
- COMISSÃO EUROPEIA, *Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu/ Relatório Anticorrupção da UE*, Bruxelas, 2004 [disponível em http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_pt.pdf, acesso em 19 de agosto de 2016].

COMPARATO, F. K., *Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno*, São Paulo, Companhia das Letras, 2006.

CONACI – Conselho Nacional de Controle Interno, “Carta de Foz do Iguaçu”, 2014 [disponível em http://conaci.org.br/wp-content/uploads/2014/05/Carta_Foz-do-Iguacu.pdf, acesso em 27 de outubro de 2016].

_____, “Quem somos”, *CONACI – Conselho Nacional de Controle Interno*, [website] [disponível em <http://conaci.org.br/quem-somos/>, acesso em 21 de agosto de 2016].

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (CNI), “Retratos da Sociedade Brasileira: Confiança Interpessoal”, março de 2014 [disponível em http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/cni_estatistica_2/2014/03/03/59/RetratosDaSociedadeBrasileira_17_ConfiancaInterpessoal.pdf, acesso em 27 de março de 2016].

_____, *Retratos da Sociedade Brasileira – Problemas e prioridades para 2016*, ISSN 2317-7012, Ano 5, Número 28, janeiro de 2016 [disponível em http://arquivos.portaldaindustria.com.br/app/cni_estatistica_2/2016/01/26/203/RetratosDaSociedadeBrasileira_28_ProblemasPrioridadespara2016.pdf, acesso em 28 de fevereiro de 2016].

CONSELHO DE PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO (CPC), “Parecer sobre o valor limite das ofertas institucionais recebidas pelos membros e funcionários da Assembleia da República, solicitado pela Assembleia da República”, *Pareceres do CPC*, 2015 [disponível em <http://www.cpc.tcontas.pt/acoes/pareceres.html>, acesso em 10 de novembro de 2016].

CONTROL RISKS, *International Business Attitudes to Corruption, Survey 2014/2015*, 2015 [disponível em <https://www.controlrisks.com/~media/Public%20Site/Files/Reports/corruptionsurvey2015.pdf>, acesso em 11 de agosto de 2016]

_____, *International Business Attitudes to Corruption, Survey 2015/2016*, 2016 [disponível em <https://www.controlrisks.com/webcasts/studio/2015-GENERAL/corruption-report/corruption-survey-2015.pdf>, acesso em 11 de agosto de 2016].

CORTELLA, M. S., *Não espere pelo epitáfio...*, Petrópolis, Editora Vozes, 2005.

CORTELLA, M. S./BARROS FILHO, C., *Ética e vergonha na cara!*, Campinas, Papirus 7 Mares, 2014.

COSO – Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, *Controle Interno – Estrutura Integrada – Sumário Executivo*, maio de 2013 [disponível em http://www.iiabrasil.org.br/new/2013/downs/coso/COSO_ICIF_2013_Sumario_Executivo.pdf, acesso em 21 de outubro de 2016].

COSTA, S. H., *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*, São Paulo, Quartier Latin, 2009.

- COSTAS-PÉREZ, E., *Essays on the Political Economy of Local Corruption*, Departament d'Economia Pública, Economia Política i Economia Espanyola, Universitat de Barcelona, 2014 [disponível em <http://www.tdx.cat/handle/10803/287837>, acesso em 2 de julho de 2016].
- COUTINHO, A. D./RODOR, R. K., *Manual de direito administrativo*, Rio de Janeiro, Forense; São Paulo, Método, 2015.
- CRESSEY, D. R., *Other People's Money: A Study in the Social Psychology of Embezzlement* (1953 ed.), Boston, Wadsworth Publishing Co., 1972.
- CTI LOGISTICS LIMITED, “Report on the implementation of APEC Transparency Standards”, in *CTI Logistics Annual Report*, appx. 6, 2007 [disponível em http://www.apec.org/~media/Files/Groups/Transparency/07_cti_ctirpt_Appdx6.pdf, acesso em 28 de maio de 2016].
- CUNHA, A. F., *Combate à corrupção – Da teoria à prática*, Lisboa, Quid Juris, 2015.
- CUNHA, A. G., *Dicionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa*, 2ª ed., 17ª reimpr., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1986.
- DA MATTA, P. S., *Política e Corrupção – Branqueamento e Enriquecimento*, Lisboa, Chiado Editora, 2015.
- DAL POZZO, A. A. F., et al., *Lei Anticorrupção: apontamentos sobre a Lei n.º 12.846/2013*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2014.
- DE LA BOÉTIE, É., *Discurso da Servidão Voluntária* [Trad. Casemiro Linares, 2ª ed., São Paulo, Martin Claret, 2009].
- DECOMAIN, P. R., *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*, Florianópolis, Obra Jurídica, 1996.
- DEL VECCHIO, G., *Lições de filosofia do direito* [Trad. Antônio José Brandão, 5ª ed., Coimbra, Armênio Armado Editor, 1979].
- DEMATTE, F. R., *Responsabilização de pessoas jurídicas por corrupção – a Lei n.º 12.846/2013 segundo o Direito de Intervenção*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2015.
- DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional, “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Dezembro 2014”, Ministério da Justiça, Brasil, 2014 [disponível em http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@download/file, acesso em 25 de setembro de 2016].
- DETTTER, D./FÖLSTER, S., *A riqueza pública das nações: Como a gestão de ativos públicos pode impulsionar ou prejudicar o crescimento econômico* [Trad. Cláudia Gerpe Duarte, São Paulo, Cultrix, 2016].
- DIDIER Jr., F./ZANETTI Jr., H., *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*, 10ª ed., Salvador, Editora JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, C. R., *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 3ª ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2000.

DIPP, G./CASTILHO, M. L. V., *Comentários sobre a Lei Anticorrupção*, São Paulo, Saraiva, 2016.

DIREÇÃO-GERAL DA POLÍTICA DE JUSTIÇA, “Plano de Prevenção de Riscos de Corrupção e Infrações Conexas”, República Portuguesa, 2016 [disponível em http://www.dgpj.mj.pt/sections/sobre-dgpj/anexos/plano-de-prevencao-da/downloadFile/file/Plano_prevencao_corrupcao_DGPJ.pdf?nocache=1310743765.34, acesso em 21 de abril de 2016].

DRUCKER, P. F., “What is business ethics?”, in *The Public Interest*, National Affairs, n.º 63, Spring – 1981, pp. 18-36.

DWORKIN, R., *Levando os direitos a sério* [Trad. Nelson Boeira, 3ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2010].

_____, *Justiça para ouriços*, Coimbra, Almedina, 2012.

EASTERLY, W., *The elusive quest for growth*, Cambridge, MIT Press, 2001.

EBANC – Empresa Brasileira Acreditaadora de Norma de Compliance, *DSC 10.000 – Diretrizes para o Sistema de Compliance*, 2015 [disponível em http://d2anw9s7m4yy10.cloudfront.net/dsc/dsc_10000_pt.pdf, acesso em 26 de julho de 2016].

ERC – Ethics Research Center, “Global Business Ethics Survey”, Ethics & Compliance Initiative (ECI), 2016 [disponível em <https://www.ethics.org/eci/research/eci-research/gbes/gbes-form>, acesso em 16 de julho de 2016].

ERNEST & YOUNG, *Fraud and corruption — the easy option for growth? Europe, Middle East, India and Africa Fraud Survey*, 2015 [disponível em [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-emeia-fraud-survey/\\$FILE/ey-emeia-fraud-survey.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-emeia-fraud-survey/$FILE/ey-emeia-fraud-survey.pdf), acesso em 27 de março de 2016].

_____, *Corporate misconduct — individual consequences Global enforcement focuses the spotlight on executive integrity*, 14th Global Fraud Survey, 2016 [disponível em [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-corporate-misconduct-individual-consequences/\\$FILE/EY-corporate-misconduct-individual-consequences.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-corporate-misconduct-individual-consequences/$FILE/EY-corporate-misconduct-individual-consequences.pdf), acesso em 29 de maio de 2016].

ETHICS & COMPLIANCE INICIATIVE (ECI), *Global Business Ethics Survey – Measuring Risk and Promoting Workplace Integrity*, USA, 2016 [disponível em <https://higherlogicdownload.s3.amazonaws.com/THEECO/1651fdd3-e31c-4ac8-a93d-9b99f9e75727/UploadedImages/research/GBESFinal.pdf>, acesso em 13 de junho de 2016].

EUROPEAN COMMISSION, *Report from the Commission to the Council and the European Parliament – EU Anti-Corruption Report*, Brussels, 2014 [disponível em http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf, acesso em 29 de maio de 2016].

EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE (EPRS), *Organised Crime and Corruption – Cost of Non-Europe Report*, 2016 [disponível em http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/558779/EPRS_IDA%282016%29558779_EN.pdf, acesso em 7 de abril de 2016].

FÁBRICA, L., “A Ação Popular já não é o que era”, in *CJA*, n.º 38, Mar/Abr 2003.

FERRAJOLI, L., “O direito como sistema de garantias”, Trad. Eduardo Maia Costa, in *O novo em direito e política*, org. J. A. OLIVEIRA Jr., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.

FERREIRA, A. B. H., *Miniaurélios: O minidicionário da Língua Portuguesa*, 7ª ed., Curitiba, Editora Positivo, 2008.

FIANI, R., *Teoria dos Jogos – com aplicação em Economia, Administração e Ciências Sociais*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Editora Campus Elsevier, 2015.

FIDALGO, C. B./CANETTI, R. C., “Os acordos de leniência na Lei de Combate à Corrupção”, in *Lei Anticorrupção e temas de compliance*, org. J. M. SOUZA, et al., 2ª ed., Salvador, JusPodivm, 2017.

FIGO, A., “Ações do Bradesco despencam mais de 7% com Zelotes”, *Exame* [online], 31 de maio de 2016 [disponível em <http://exame.abril.com.br/mercados/noticias/acoes-do-bradesco-despencam-mais-de-7-com-zelotes>, acesso em 28 de julho de 2016]).

FILHO, A. P., “Comentários aos artigos 1º ao 4º da Lei Anticorrupção”, in *Lei Anticorrupção e temas de compliance*, 2ª ed., org. J. M. SOUZA, et al., Salvador, JusPodivm, 2017.

FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL, *Clean Business is Good Business; The Business Case Against Corruption*, 2008 [disponível em http://www3.weforum.org/docs/WEF_PACI_BusinessCaseAgainstCorruption_2008.pdf, acesso em 3 de julho de 2016].

FOUCAULT, M., *Vigiar e punir: nascimento da prisão* [Trad. Raquel Ramalhete, 38ª ed., Petrópolis, Editora Vozes, 2010].

FREIRE Jr., A. B., “Restrição a direitos fundamentais – A questão da interceptação de e-mail e a reserva de jurisdição”, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 43 n.º 171 jul./set., 2006, pp. 55-63.

_____, *A retórica do direito fundamental à privacidade: a validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes público e privado*, Salvador, JusPodivm, 2015.

- FREITAS, J., *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 1997.
- FREITAS, R. V., “O combate aos cartéis nas licitações: visando à Copa do Mundo de 2014 e às Olimpíadas de 2016”, in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, v. 9, n.º 33, Belo Horizonte, Editora Fórum, jan./mar., 2011, pp. 169-204.
- FURTADO, L. R., *As raízes da corrupção no Brasil: Estudo de caso e lições para o futuro*. 1ª ed. reimp., Belo Horizonte, Fórum, 2015.
- G20, “2015-16 G20 Anti-Corruption Action Plan”, 2014 [disponível em http://www.g20australia.org/sites/default/files/g20_resources/library/2015-16%20_g20_anti-corruption_action_plan_0.pdf, acesso em 05 de junho de 2016].
- GALEANO, E., “The UTOPIA, according to Fernando Birri” [publicado em 13 de março de 2013 por carlosLapislazuli] [ficheiro de vídeo] [disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=is4rP--i6uw&feature=youtu.be>, acesso em 10 de dezembro de 2016].
- GARCIA, E., “Aspectos da Nova Lei Anticorrupção”, in *MPMG Jurídico – Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Edição Patrimônio Público, Belo Horizonte, CEAF, 2014.
- GARCIA, E./ALVES, R. P., *Improbidade Administrativa*, 8ª ed. 2ª tir., Rio de Janeiro, Saraiva, 2015.
- GARSCHAGEN, B., *Pare de acreditar no governo: Por que os brasileiros não confiam nos políticos e amam o Estado*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Record, 2016.
- GASPARINI, D., *Crimes na licitação*, São Paulo, Editora NDJ, 1996.
- GIOVANINI, W., *Compliance – A excelência na prática*, São Paulo, 2014.
- GIULIANI, R. W., *O líder: A autobiografia do mais famoso prefeito de Nova York* [Trad. Afonso Celso da Cunha Serra, Rio de Janeiro, Campus, 2002].
- GLOBAL SHAPERS COMMUNITY/WORLD ECONOMIC FORUM, *Global Shapers Annual Survey 2016*, 2016 [disponível em <http://shaperssurvey.org/>, acesso em 23 de agosto de 2016].
- GOMES, C. L. G., “Os crimes de colarinho branco e as teorias da pena”, in *Temas Atuais do Ministério Público*, 6ª ed., org. C. C. FARIAS, et al., Salvador, JusPodivm, 2016.
- GONSALES, A., *Compliance – A Nova Regra do Jogo*, São Paulo, Pauligrafi Editora, 2016.
- GRAY, C./KAUFMANN, D., “Corruption and Development”, in *Finance & Development*, março de 1998.
- GRECO FILHO, V./RASSI, J. D., “Decreto Estadual Anticorrupção contém inconstitucionalidade” [blog post], *Blogs: Fausto Macedo – Estadão*, 19 de fevereiro de 2014

[disponível em <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/decreto-estadual-anticorrupcao-contem-inconstitucionalidade/>, acesso em 30 de novembro de 2016].

GRECO, R., *Curso de Direito Penal*, vol. 3, 13ª ed., Niterói, Impetus, 2016.

GRINOVER, A. P., et al., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2007.

HAMMOND, S. D./BARNETT, B. A., “Frequently asked questions regarding the Antitrust division’s leniency program and model leniency letters (November 19, 2008)”, Department of Justice, United States of America, 2008 [disponível em <https://www.justice.gov/atr/file/810001/download>, acesso em 25 de novembro de 2016].

HARTMANN, I., et al., “O Impacto no Sistema Prisional Brasileiro da Mudança de Entendimento do Supremo Tribunal Federal Sobre Execução da Pena Antes do Trânsito em Julgado no HC 126.292/Sp – Um Estudo Empírico Quantitativo” [disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2831802, acesso em 6 de setembro de 2016].

HEES, A., “Sucessão estadual”, *A Gazeta* [online], 18 de setembro de 2010 [disponível em <http://gazetaonline.globo.com/conteudo/2010/09/669612-sucessao+estadual.html>, acesso em 19 de julho de 2016].

HEIDENHEIMMER, A. J., *Readings in comparative analysis on political corruption*, New York, Holt, Rinegart and Winston, 1970.

HEINEN, J., *Comentários à Lei Anticorrupção – Lei n.º 12.846/2013*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2015.

HOLMES, L., *Corruption – A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

HUBERTS, L., *The integrity of governance – What it is, what we know, what is done, and where to go*, Cambridge, Palgrave Macmillan, 2014.

HUNGRIA, N., *Comentários ao Código Penal*, vol. IX, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1959.

HUNT, E. K./LAUTZENHEISER, M., *História do pensamento econômico* [Trad. André Arruda Villela, Rio de Janeiro, Elsevier, 2013].

HUNTINGTON, S. P., *Political order in changing societies*, New Haven, Yale University Press, 1968.

IBAÑEZ, P. A., *Corrupción y Estado de Derecho – El Papel de La Jurisdicción*, Madrid, Editorial Trotta, 1996.

IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, “Representantes do mercado de capitais preparam Código Brasileiro de Governança Corporativa” (*Press Release*), 28 de agosto de 2015 [disponível em <http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=19529/representantes-do->

[mercado-de-capitais-preparam-ca%E2%80%80%BD%E2%80%80%BDdigo-brasileiro-de-governana%E2%80%80%BDa-corporativa](#), acesso em 6 de março de 2016].

_____, *Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa do IBGC*, 5ª ed., 2ª reimp., São Paulo, 2016 [disponível em <http://www.ibgc.org.br/userfiles/2014/files/CMPGPT.pdf>, acesso em 22 de julho de 2016].

IBPT – Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, “Cálculo do IRBES (Índice de Retorno de Bem Estar à sociedade): Estudo sobre a Carga Tributária/PIB x IDH”, 2015 [disponível em <http://ibpt.impostometro.s3.amazonaws.com/Arquivos/06%2BIRBES%2B2015.pdf>, acesso em 15 de novembro de 2016].

ICTS – Gestão de Riscos Consultoria e Serviços, “Pesquisa sobre o nível de maturidade de compliance – resultados”, 2015 [disponível em http://www.icts.com.br/v2/files/News/39/pesquisa_maturidade_compliance_icts.pdf, acesso em 18 de agosto de 2016]

IIA – Institute of Internal Auditors, IIA Position Paper: *The Three Lines of Defense in Effective Risk Management and Control*, Altamonte Springs, FL, The Institute of Internal Auditors, 2013. _____, *International Professional Practices Framework – IPPF*, Altamonte Springs, FL, The Institute of Internal Auditors, 2015 [disponível em <https://na.theiia.org/standards-guidance/mandatory-guidance/Pages/Core-Principles-for-the-Professional-Practice-of-Internal-Auditing.aspx>, acesso em 14 de novembro de 2016].

IFAC – International Federation of Accountants, “Good Governance in the Public Sector — Consultation Draft for an International Framework”, 2013 [disponível em <http://www.ifac.org/system/files/publications/files/Good-Governance-in-the-Public-Sector.pdf>, acesso em 27 de outubro de 2016].

ILANUD – Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, “A lei de crimes hediondos como instrumento de política criminal” (Relatório final de pesquisa), São Paulo, Nações Unidas, julho de 2005 [disponível em http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/area-de-atuacao/torviolpolsist/Relatorio%20ILANUD%20-%20A%20Lei%20dos%20Crimes%20Hediondos%20como%20instrumen.pdf/at_download/file, acesso em 30 de julho de 2016].

INGENIEROS, J., *O Homem Medíocre* [Trad. Douglas Dias Ferreira, São Paulo, Quartier Latin, 2004].

INSTITUTO ETHOS, “Ética Saúde – Acordo Sectorial – Importadores, Distribuidores e Fabricantes de Dispositivos Médicos”, Associação Brasileira de Importadores e Distribuidores de Implantes (ABRAIDI), São Paulo, 29 de maio de 2015 [disponível em

<http://www.abraidi.com.br/documentos/etica-saude/acordo-setorial.pdf>, acesso em 13 de julho de 2016].

INTERNATIONAL MONETARY FUND (IMF), *The Fiscal Transparency Code* [disponível em <http://blog-pfm.imf.org/files/ft-code.pdf>, acesso em 21 de fevereiro de 2016].

_____, *Corruption: Costs and Mitigating Strategies*, 2016 [disponível em <http://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1605.pdf>, acesso em 3 de julho de 2016].

ISO – International Organization for Standardization, “ISO 37001 – Anti-bribery management systems”, 2016 [disponível em <http://www.iso.org/iso/home/standards/management-standards/iso37001.htm>, acesso em 24 de outubro de 2016].

JABER-LÓPEZ, T./GARCÍA-GALLEGO, A./PERAKAKIS, P./GEORGANTZIS, N., “Physiological and behavioral patterns of corruption”, in *Frontiers in Behavioral Neuroscience*, 2014 [disponível em <https://doi.org/10.3389/fnbeh.2014.00434>, acesso em 30 de julho de 2016].

JATAHY, C. R. C., *Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público*, Rio de Janeiro, Roma Victor, 2004.

_____, *O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: perspectivas constitucionais de atuação institucional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

JOHNSON, S., “Corrupt (adjective)”, in *A Dictionary of the English Language: A Digital Edition of the 1755 Classic by Samuel Johnson*, ed. B. BESALKE, last modified November 7, 2013 [<http://johnsonsdictionaryonline.com/?p=16538>].

JOHNSTON, M., *Syndromes of Corruption – Wealth, Power, and Democracy*, New York, Cambridge University Press, 2010.

JORGE, F. C., *Teoria geral dos recursos cíveis*, 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

JORIO, I. D., *Dignidade da pessoa humana*, Curitiba, Juruá, 2016.

JUSTEN FILHO, M., *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 12ª ed., São Paulo: Dialética, 2008.

KANT, I. *A paz perpétua e outros opúsculos* [Trad. Artur Morão, Lisboa, Edições 70, s.d.].

_____, *Crítica da Razão Pura* [Trad. Afonso Bertagnoli, São Paulo, Brasil Editora, 1959].

_____, *Fundamentação da metafísica dos costumes* [Trad. Paulo Quintela, Lisboa, Edições 70, 2007].

_____, *A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico* [Trad. Artur Morão, Covilhã, Universidade da Beira Interior, 2008].

_____, *A Religião nos Limites da Simples Razão* [Trad. Artur Morão, Coleção Textos Clássicos de Filosofia, Universidade da Beira Interior, Covilhã, 2008].

KANT DE LIMA, R., *Cultura jurídica e práticas policiais: a produção e a reprodução da ética policial no Rio de Janeiro*, Belo Horizonte, Mimeo, 1987.

KAUFMANN, D., “Human Rights and Governance: The Empirical Challenge”, in *Human Rights and Development: Towards Mutual Reinforcement*, New York, New York University, 2004.

KILLINGER, B., *Integrity: Doing the Right Thing for the Right Reason*, 2nd ed., Montreal & Kingston/London/Ithaca, McGill-Queen’s University Press, 2010.

KLITGAARD, R., *A Corrupção sob Controle* [Trad. Octavio Alves Velho, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editora, 1994].

_____, “International Cooperation Against Corruption”, in *Finance and Development*, vol. 35, Publicação do Fundo Monetário Internacional, março de 1998, pp. 3-6 [disponível em <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/1998/03/pdf/klitgaar.pdf>, acesso em 20 de agosto de 2016].

KOEHLER, M., “The Story of the Foreign Corrupt Practices Act”, *Ohio State Law Journal*, Vol. 73, No. 5, 2012 [disponível em <http://ssrn.com/abstract=2185406>, acesso em 3 de julho de 2016].

KOHLBERG, L., *The Philosophy of Moral Development*, San Francisco, Harper and Row, 1981.

KOHLER, S., “Empresa é condenada por fornecer produto falsificado”, Brasil, Governo do Estado do Espírito Santo, Secretaria de Estado de Controle e Transparência – SECONT [online], 07 de outubro de 2016 [disponível em <https://secont.es.gov.br/Not%C3%ADcia/empresa-e-condenada-por-fornecer-produto-falsificado>, acesso em 5 de novembro de 2016].

KPMG, “Maturidade do Compliance no Brasil”, 2015 [disponível em <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/br/pdf/2015/09/pesquisa-compliance-brasil-2015.pdf>, acesso em 12 de julho de 2016].

LAMOUNIER, B., “Transgressão, cultura e economia de mercado: 10 pontos para discussão”, in *Cultura das Transgressões no Brasil – Lições da História*, coord. F. H. CARDOSO/M. M. MOREIRA, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

LEONEL, R. B., *Manual do Processo Coletivo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LÉVINAS, E., *Ética e Infinito* [Trad. João Gama, Lisboa, Biblioteca de Filosofia Contemporânea, 2007].

LICHAND, G./LOPES, M. F. M./MEDEIROS, M. C., “Is corruption good for your health?”, March 1st, 2015 [disponível em

http://scholar.harvard.edu/files/glichand/files/is_corruption_bad_for_your_health.pdf, acesso em 11 de setembro de 2016].

LILLEY, P., *Lavagem de dinheiro: Negócios ilícitos transformados em atividades ilegais* [Trad. Eduardo Lasserre, São Paulo, Futura, 2001].

LOCKE, J., *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, Rio de Janeiro, Editora Vozes, 1994.

LOPES, J. M., *O espectro da corrupção*, Coimbra, Almedina, 2011.

LÓPEZ, V., *Impunidade – Os escândalos que abalaram 40 anos de democracia em Portugal*, Lisboa, A Esfera dos Livros, 2013.

LUCAITES, J. L./CONDIT, C. M./CAUDILL, S., *Contemporary rhetorical theory: A reader*, New York, Guilford Press, 1999.

MACCALLUM, G. C., *Legislative Intent and Other Essays on Law, Politics, and Morality*, ed. by Marcus G. Singer and Rex Martin, London, University of Wisconsin Press, 1993.

MACEDO, F., “Leia os 35 depoimentos do ex-diretor sobre corrupção na Petrobrás – Delação premiada de Paulo Roberto Costa à Lava Jato descreve os caminhos de fortunas que cartel de empreiteiras despejou na estatal” [blog post], *Blogs: Fausto Macedo – Estadão*, 13 de fevereiro de 2015 [disponível em <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/leia-os-35-depoimentos-do-ex-diretor-sobre-corrupcao-na-petrobras/>, acesso em 19 de agosto de 2016].

MAIA COSTA, E., “Ministério Público em Portugal”, in *Ministério Público II: Democracia*, coord. J. M. M. VIGLIAR/J. M. M. MACEDO Jr./R. PORTO, São Paulo, Atlas, 1999.

MALEM, J., “Financiamiento, corrupción y gobierno”, in *Dinero y contienda político-electoral*, org. M. CARRILLO, et al., México, Fondo de Cultura Económica/Instituto Federal Electoral, 2003.

MANCUSO, R. C., *Ação Civil Pública*, 9ª ed., São Paulo, RT, 2004.

MARCONDES, D., *Textos básicos de ética*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editora, 2007.

MARINELA, F./PAIVA, F./RAMALHO, T., *Lei Anticorrupção: Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013*, São Paulo, Saraiva, 2015.

MARINONI, L. G., *Técnica processual e tutela dos direitos*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2008.

MARQUES, J. F., “As ações populares no direito brasileiro”, in *Revista Forense*, v. 55, n.º 178, Rio de Janeiro, Forense, 1958.

MAXIMILIANO, C., *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009.

MAZZEI, R. R., “A ação popular e o microsistema da tutela coletiva”, in *Ação popular – aspectos relevantes e controvertidos*, coord. L. M. GOMES Jr./R. F. SANTOS FILHO, São Paulo, RCS, 2006.

MAZZILLI, H. N., *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005.

- MEIRELLES, H. L., *Licitação e contrato administrativo*, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007.
- _____, *Direito Administrativo Brasileiro*, 42ª ed., São Paulo, Malheiros, 2016.
- MENDES, G. F., “A improbidade administrativa no Supremo Tribunal Federal”, in *Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos*, coord. M. C. MARQUES, et al., Rio de Janeiro, Forense, 2016.
- MERCIER, S., *A ética nas empresas* [Trad. António Joaquim Esteves e Conceição Soares, Porto, Edições Afrontamento, 2003].
- MICKLETHWAIT, J./WOOLDRIDGE, A., *A quarta revolução – a corrida global para reinventar o Estado*, São Paulo, Portfolio-Penguin, 2015.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF), “Caso Lava Jato – Entenda o Caso”, *Combate à Corrupção*, s. d. [disponível em <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>, acesso em 5 de novembro de 2016].
- _____, “Ranking da Transparência”, 2015 [disponível em http://www.pres.mpf.mp.br/anexosNoticia/ID-002867_RankingES.pdf, acesso em 12 de março de 2016].
- MIRANDA, J., “Debate sobre Direitos Sociais”, com a participação dos Professores Jorge Miranda, Ingo Sarlet, Jorge Reis Novais, Luís Pereira Coutinho e José Melo Alexandrino, no âmbito do Curso “Os Direitos Sociais como Direitos Humanos e Fundamentais – Uma perspectiva transconstitucional” (lecionado pelo Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet, de 27 de fevereiro a 2 de março de 2012), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2 de março de 2012.
- MONTEIRO, G. T. M., *Manual do Candidato às Eleições*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Gramma, 2016.
- MONTEIRO DE BARROS, R. J., *Parecer n.º 395/2016-AsJConst/SAJ/PGR*, ADIn. n.º 5.261/DF, 18 de janeiro de 2016.
- MONTESQUIEU, C.-L. S., *O Espírito das Leis* [Trad. Cristina Murachco, São Paulo, Martins Fontes, 1996].
- MONTORO, A. F., “O Valor Econômico do Comportamento Ético”, in *Cultura das Transgressões no Brasil – Lições da História*, coord. F. H. CARDOSO/M. M. MOREIRA, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008.
- MORAIS, F. M. B. B./BONACCORSI, D. V., “A colaboração por meio do acordo de leniência e seus impactos junto ao Processo Penal Brasileiro – Um estudo a partir da Operação Lava Jato”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais – Volume Especial, Operação Lava Jato*, Ano 24, Vol. 122, agosto de 2016.

- MOREIRA, M. M., “Dos Princípios, Meios e fins”, in *Cultura das Transgressões no Brasil – Lições da História*, coord. F. H. CARDOSO/M. M. MOREIRA, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008.
- MOREIRA NETO, D. F./FREITAS, R. V., “A juridicidade da Lei Anticorrupção – reflexões e interpretações prospectivas”, *Revista Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, Editora Fórum, ano 14, n.º 156, fev. 2014.
- MORO, S. F., “Considerações sobre a Operação Mani Pulite”, *Revista CEJ*, Brasília, n.º 26, jul./set., 2004.
- MURRAY, M./SPALDING, A., “Freedom from Official Corruption as a Human Right”, *Governance Studies*, Brookings Institution, January 2015 [disponível em http://www.brookings.edu/~media/research/files/papers/2015/01/27-freedom-corruption-human-right-murray-spalding/murray-and-spalding_v06.pdf, acesso em 7 de março de 2016].
- NAÇÕES UNIDAS, *Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD* [disponível em http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/operations/about_undp.html, acesso em 15 de dezembro de 2015].
- NABOZNY, C., “GES Survey: A Few Key Topics in Corporate Ethics”, Ethisphere, March 31st, 2016 [disponível em <http://insights.ethisphere.com/global-ethics-summit-survey-results/>, acesso em 12 de julho de 2016].
- NETTO, F. P. B., “Uma nova hipótese de responsabilidade objetiva na ordem jurídica brasileira? O Estado como vítima de atos lesivos”, in *Lei Anticorrupção e temas de compliance*, 2ª ed., org. J. M. SOUZA, et al., Salvador, JusPodivm, 2017.
- NETTO, V., *Lava Jato: o juiz Sérgio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil*, Rio de Janeiro, Primeira Pessoa, 2016.
- NEVES, D. A. A., *Novo Código de Processo Civil Comentado*, Salvador, JusPodivm, 2016.
- NEVES, D. A. A./OLIVEIRA, R. C., *Manual de Improbidade Administrativa – Direito Material e Processual*, 3ª ed., São Paulo, Método, 2015.
- NIETO, F., “Desmitificando la corrupción en América Latina”, in *Revista Nueva Sociedad*, n.º 194, Caracas, Fundación Friedrich Ebert, 2004, pp. 54-68.
- NOVAIS, J. R., *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- NUCCI, G. S., *Corrupção e Anticorrupção*, Rio de Janeiro, Forense, 2015.
- OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, *Report on the application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Recommendation on Combating Bribery in*

International Business Transactions – Brazil: Phase 2 [disponível em <https://www.oecd.org/brazil/39801089.pdf>, acesso em 20 de novembro de 2016].

_____, *Report on the application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions – Portugal: Phase 2* [disponível em <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/38320110.pdf>, acesso em 20 de novembro de 2016].

_____, “1998 Recommendation of the OECD Council on Improving Ethical Conduct in the Public Service, 36 Including Principles for Managing Ethics in the Public Service”, *Building Public Trust: Ethics Measures in OECD Countries*, 2000 [disponível em <http://www.oecd.org/gov/ethics/Principles-on-Managing-Ethics-in-the-Public-Service.pdf>, acesso em 11 de outubro de 2016].

_____, *Managing Conflict of Interest in the Public Service: OECD Guidelines and Country Experiences*, 2003 [disponível em <http://www.oecd.org/gov/ethics/48994419.pdf>, acesso em 12 de outubro de 2016].

_____, *Specialised Anti-Corruption Institutions: review of models (Anti-Corruption Network for Eastern Europe and Central Asia)*, 2008 [disponível em: <https://www.oecd.org/corruption/acn/39971975.pdf>, acesso em 12 de outubro de 2016].

_____, *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas*, 2009 [disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/34/29/44162082.pdf>, acesso em 2 de novembro de 2016].

_____, *Draft Recommendation of The OECD Council on The Principles of Budgetary Governance*, Public Governance and Territorial Development, OCDE, Paris, July 2014 [disponível em <http://www.oecd.org/gov/budgeting/Draft-Principles-Budgetary-Governance.pdf>, acesso em 21 de fevereiro de 2016].

_____, *Portugal: Follow-up to the phase 3 – Report & recommendations*, November 2015 [disponível em <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Portugal-Phase-3-Written-Follow-Up-Report-ENG.pdf>, acesso em 31 de julho de 2016].

OLIVEIRA, A. A., “A tormentosa abordagem do elemento subjetivo nos atos de improbidade administrativa”, in *Estudos sobre improbidade administrativa – em homenagem ao Professor J. J. Calmon de Passos*, 2ª ed., Salvador, Editora JusPodivm, 2012.

OGP – Open Government Partnership, “What is the Open Government Partnership?”, United Nations [disponível em <http://www.opengovpartnership.org/about>, acesso em 21 de outubro de 2016].

ORTEGA Y GASSET, J., *A Rebelião das Massas*, São Paulo, Martins Fontes, 1987.

OSÓRIO, F. M., *Teoria da improbidade administrativa – má gestão pública – corrupção – ineficiência*, 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____, *Direito Administrativo Sancionador*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

_____, “A inter-relação das decisões proferidas nas esferas administrativa, penal e civil no âmbito da improbidade”, in *Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos*, coord. M. C. MARQUES, et al., Rio de Janeiro, Forense, 2016.

PACTO GLOBAL DA REDE BRASILEIRA, *Caderno do Pacto: Grupo Temático Anticorrupção – cultura de integridade e ética nos negócios*, vol. 2, dez. 2015 [disponível em <http://osbrasil.org.br/wp-content/uploads/2016/01/Caderno-do-Pacto-Anticorrupt%C3%A7%C3%A3o.pdf>, acesso em 10 jun. 2016].

PAIVA, R., “Acordo de leniência em ilícitos praticados nas licitações e contratos administrativos”, in *Licitações públicas – homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes*, coord. R. C. L. TORRES, Curitiba, Editora Negócios Públicos, 2016.

PAZZAGLINI FILHO, M., *Princípios constitucionais reguladores da administração pública: agentes públicos, discricionariedade administrativa, extensão da atuação do Ministério Público e do controle do poder judiciário*, São Paulo, Atlas, 2000.

PAZZAGLINI FILHO, M./ROSA, M. F. E./FAZZIO Jr., W., *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 1999.

PEREIRA, C. A. G., “Sanções administrativas na Lei das Empresas Estatais”, in *Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016*, org. M. JUSTEN FILHO, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PEREIRA, F. C., *Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*, São Paulo, Atlas, 2015.

PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Editorial Tecnos, 2010.

PETERS, B. G., “Governance and Sustainable Development Policies”, in *Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável – Rio+20*, Organização das Nações Unidas (ONU), Rio de Janeiro, 2012.

PETRELLUZZI, M. V./RIZEK JR., R. N., *Lei Anticorrupção – Origens, comentários e análise da legislação correlata*, São Paulo, Saraiva, 2014.

PHILP, M., “Corruption Definition and Measurement”, in *Measuring Corruption*, Londres, Ashgate, 2006.

- PIÇARRA, N., “Os poderes das comissões parlamentares de inquérito no Direito brasileiro e no Direito português”, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Coimbra, Almedina, 2011.
- PIGNATARO, M., “O papel das denúncias no processo de controle”, in *Controladoria no setor público*, coord. A. C. BLIACHERIENE, et al., Belo Horizonte, Fórum, 2016.
- PILLAI, K., *Essence of a Manager*, London/New York, Springer Science & Business Media, 2011.
- PIMENTA, R., “«Corrupção» foi a palavra de 2014 para a Porto Editora”, *Público*, 5 de janeiro de 2015 [disponível em <http://www.publico.pt/culturaipsilon/noticia/corruptao-foi-a-palavra-de-2014-para-a-porto-editora-1681205>, acesso em 28 de fevereiro de 2016].
- PLATÃO, *Protágoras* [Trad. Carlos Alberto Nunes, Pará, Universidade Federal do Pará, 1980].
_____, *A República* [Trad. Leonel Vallandro, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2016].
- PwC – PricewaterhouseCoopers, *Make it your business: Engaging with the Sustainable Development Goals*, 2015 [disponível em <https://www.pwc.es/es/publicaciones/gestion-empresarial/assets/encuesta-pwc-desarrollo-sostenible.pdf>, acesso em 20 de julho de 2016].
- QUEIROZ, C., *Direitos Fundamentais Sociais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- QUEIROZ, R. P., “Responsabilização judicial da pessoa jurídica na Lei Anticorrupção”, in *Lei Anticorrupção e temas de compliance*, 2ª ed., org. J. M. SOUZA, et al., Salvador, JusPodivm, 2017.
- RABELO, M. A./FACHETTI, G., “A inexistência de fungibilidade entre a ação civil de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) e a ação civil pública (Lei 7.347/85)”, in *Revista de Processo*, Ano 32, n.º 153, São Paulo, RT, novembro de 2007.
- RAKOFF, J. S., “The Financial Crisis: Why Have No High-Level Executives Been Prosecuted?”, *New York Review of Books*, January 9, 2014 [disponível em <http://www.nybooks.com/articles/2014/01/09/financial-crisis-why-no-executive-prosecutions/?printpage=true>, acesso em 3 de julho de 2016].
- Relatório Especial “A corrupção, o calcanhar de Aquiles das democracias latino-americanas”, produzido pelo Centro de Liderança por meio do Conhecimento da Llorente & Cuenca, Madrid, setembro 2016.
- “REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL – Annual Report to the Discharge Authority on internal audits carried out in 2009” (Article 86(4) of the Financial Regulation) [disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A52010DC0447>, acesso em 10 de novembro de 2016].
- RÉPUBLIQUE FRANCAISE, “Sapin II Law: transparency, the fight against corruption, modernisation of the economy”, *Gouvernement.fr*, 6 April 2016 [disponível em

<http://www.gouvernement.fr/en/sapin-ii-law-transparency-the-fight-against-corruption-modernisation-of-the-economy>, acesso em 31 de agosto de 2016].

REUTERS, “World Bank president calls corruption ‘Public Enemy No. 1’”, December 19, 2013 [disponível em <http://mobile.reuters.com/article/idUSBRE9BI11P20131219?irpc=932>, acesso em 11 de setembro de 2016].

RIBEIRO, M. S., A tecnologia como catalisadora da informação na prevenção e no combate à corrupção, in *Lei Anticorrupção: Transparência e Boas Práticas – Cadernos FGV Projetos*, Ano 11, n.º 27, abril 2016, pp. 54-65.

RIBEIRO, R. J., “É possível superarmos a cultura das transgressões?”, in *Cultura das Transgressões no Brasil: Cenários do Amanhã*, São Paulo, Saraiva, 2011.

RIBEIRO, R. J. B./BLIACHERIENE, A. C./SANTANA, J. L., “Considerações sobre formas, processos e isoformismo nas estruturas de controle interno da federação brasileira”, in *Controladoria no setor público*, coord. A. C. BLIACHERIENE, et al., Belo Horizonte, Fórum, 2016.

RITT, E., *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

ROCHA, M. S., *Lei Anticorrupção: comentários à Lei n.º 12.846/2013*, org. M. BERTONCINI, São Paulo, Almedina, 2014.

ROSA, M., *A era do escândalo: lições, relatos e bastidores de quem viveu as grandes crises de imagem*, São Paulo, Geração Editorial, 2003.

ROSA, M. F. E./MARTINS Jr., W. P., “A teoria da cegueira deliberada e a aplicação aos atos de improbidade administrativa”, in *Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos*, coord. M. C. MARQUES, et al., Rio de Janeiro, Forense, 2016.

ROSE-ACKERMAN, S./PALIFKA, B. J., *Corruption and government: Causes, consequences, and reform*, 2nd ed., New York: Cambridge University Press, 2016.

ROTHSTEIN, B., “Anti-corruption: The indirect “big bang” approach”, in *Review of International Political Economy*, vol. 18, n.º 2, 2011, pp. 228-250.

ROUSSEAU, J.-J., *Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens* [Trad. Lourdes Santos Machado, Coleção Os Pensadores, São Paulo, Nova Cultural, 1999].

_____, *O contrato social* [Trad. Antonio de Pádua Danesi, 3ª ed., 3ª tir., São Paulo, Martins Fontes, 1999].

SAAVEDRA, G. A., “Reflexões iniciais sobre criminal compliance”, in *Boletim IBCCrim*, São Paulo, IBCCRIM, ano 18, n. 218, jan. 2011.

- SAKAI, J./PAIVA, N., “Quem são os conselheiros dos Tribunais de Contas?”, *Transparência Brasil*, 2016 [disponível em <http://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/TBrasil%20-%20Tribunais%20de%20Contas%202016.pdf>, acesso em 20 de agosto de 2016].
- SANDEL, M. J., *Justiça – O que é fazer a coisa certa* [Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2011].
- SANHUEZA, A. M., “José Zalaquett: ‘Las sanciones deben ser más altas y doler más’”, *Qué Pasa: Actualidad*, [online], 5 de março de 2015 [disponível em <http://www.quepasa.cl/articulo/actualidad/2015/03/1-16400-9-jose-zalaquett-las-sanciones-deben-ser-mas-altas-y-doler-mas.shtml/>, acesso em 12 de outubro de 2016].
- SANTOS, F. B./BRAGA, M. V. A., “Do paradoxo à efetividade – a controladoria pública como instrumento de um estado mais eficiente”, in *Controladoria no setor público*, coord. A. C. BLIACHERIENE, et al., Belo Horizonte, Fórum, 2016.
- SANTOS, J. A. A./BERTONCINI, M./CUSTÓDIO FILHO, U. C., *Comentários à Lei 12.846/2013: Lei Anticorrupção*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.
- SANTOS, B. S., “Participatory Budgeting in Porto Alegre: Toward a Redistributive Democracy”, in *Democratizing Democracy: Beyond the Liberal Democratic Canon*, ed. B. S. SANTOS, New York, Verso, 2005.
- SANTOS, D. F., *O Orçamento Participativo: das Condições de Possibilidade à Descrição e Crítica*. Dissertação para obtenção do Grau de Mestre em Ciência Política (2º ciclo de estudos). Covilhã, Universidade da Beira Interior, 2012 [disponível em <https://ubibliorum.ubi.pt/bitstream/10400.6/2822/1/Or%C3%A7amento%20Participativo.pdf>, acesso em 17 de novembro de 2016].
- SANTOS, J. C., *A Moderna Teoria do Fato Punível*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2000.
- SANTOS, R. L., “Direito fundamental à probidade administrativa e as convenções internacionais de combate à corrupção”, in *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n.º 50, outubro de 2012 [disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Roberto_Santos.html, acesso em 15 de outubro de 2016].
- SARLET, I. W., *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.
- _____, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 9ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.
- _____, “O direito à protecção da saúde entre tutela individual e transindividual”, in *Revista de Processo*, n.º 199, São Paulo, Editora RT, setembro de 2011.

- SCANDELARI, G. B., “As posições de garante na empresa e o *criminal compliance* no Brasil: primeira abordagem”, in *Compliance e Direito Penal*, coord. F. A. GUARAGNI/P. C. BUSATO, São Paulo, Atlas, 2015.
- SCOTT, J. C., *Comparative Political Corruption*, New Jersey, Prentice-Hall, 1972.
- SHIHLIEN, L. H., *The Political Philosophy of Confucianism*, London, Curzon Press, 1975.
- SILVA, S. T., *Direito Administrativo Europeu. Sumários desenvolvidos de Jurisprudência de Direito Administrativo*, 2º Ciclo de Estudos em Direito, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009/2010.
- SILVA, J. A., *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998.
- SILVEIRA, R. M. J., “O acordo de leniência na Lei Anticorrupção”, in *Revista dos Tribunais*, n.º 103, vol. 947, setembro de 2014.
- SOUSA, L., *Corrupção*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011.
- SOUZA, H. D., “Lei Anticorrupção não pode atropelar as liberdades públicas constitucionais”, in *Consultor Jurídico*, outubro de 2015 [disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-out-21/hamilton-dias-souza-combate-corrupcao-razoavel>, acesso em 20 de novembro de 2016].
- SOUZA, J. M., “Responsabilização administrativa na Lei Anticorrupção”, in *Lei Anticorrupção e temas de compliance*, 2ª ed., org. J. M. SOUZA, et al., Salvador, JusPodivm, 2017.
- SPINELLI, M. V. C./CRUZ, H. C., “Controle interno e prevenção da corrupção”, in *Controladoria no setor público*, coord. A. C. BLIACHERIENE, et al., Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- STOCO, R., *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*, 7ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- TALLEYRAND-PÉRIGORD, C. M., *La Confession de Talleyrand, V. 1-5 – Mémoires du Prince de Talleyrand*, A Public Domain Book, Mon Bréviaire, Principes et Maximes, Kindle Edition, 2007.
- THE WORLD BANK, “The Costs of Corruption”, News & Broadcast, The World Bank Group, 2016 [disponível em <http://go.worldbank.org/LJA29GHA80>, acesso em 05 de junho de 2016].
- TMF GROUP, *Global Benchmark Complexity Index 2015 – A Global Study of Corporate Secretarial Governance*, February 2016 [disponível em <http://tmf.foxps.com/wp-content/uploads/2016/02/Global-Benchmark-Complexity-Index-2015-small.pdf>, acesso em 17 de outubro de 2016].
- TOJAL, S. B. B., “Interpretação do artigo 30 da Lei 12.846/2013”, in *Revista dos Tribunais*, n.º 103, vol. 947, setembro de 2014.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, 2009 [disponível em <http://www.transparency.org/cpi2015>, acesso em 6 de março de 2016].

_____, *Countdown to Impunity: Corruption Related Statutes of Limitation in the EU*, 2010/2011.

_____, *Money, Politics, Power: Corruption Risks in Europe*, Berlin, Transparency International, 2012 [disponível em http://www.transparency.org/whatwedo/publication/money_politics_and_power_corruption_risks_in_europe, acesso em 28 de fevereiro de 2016].

_____, *International Principles for Whistleblower Legislation: Best Practices for Laws to Protect Whistleblowers and Support Whistleblowing in the Public Interest*, 2013 [disponível em http://files.transparency.org/content/download/696/2991/file/2013_WhistleblowerPrinciples_EN.pdf, acesso em 30 de julho de 2016].

_____, *Faqs on Corruption – How do you define corruption?*, 2016 [disponível em: http://www.transparency.org/whoweare/organisation/faqs_on_corruption, acesso em 12 de setembro de 2016].

_____, “Table of Results: Corruption Perceptions Index 2016”, *Corruption Perceptions Index* 2016, 2017 [disponível em https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016#table, acesso em 6 de abril de 2017].

_____, *Transparency in Corporate Reporting – Assessing Emerging Market Multinationals*, 2016 [disponível em http://files.transparency.org/content/download/2025/13112/file/2016_TransparencyInCorporateReporting_EMMs_EN.pdf, acesso em 12 de julho de 2016].

_____, *Unmask the Corrupt*, 2016 [disponível em <https://unmaskthecorrupt.org>, acesso em 22 de agosto de 2016].

_____, *Corruption Perceptions Index* 2016, 2017 [disponível em http://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016, acesso em 13 de fevereiro de 2017].

UNITED NATIONS, “A/RES/51/59. Action against corruption”, December 12, 1996 [disponível em <http://www.un.org/documents/ga/res/51/a51r059.htm>, acesso em 27 de agosto de 2016].

_____, *Handbook on practical anti-corruption measures for prosecutors and investigators*, Vienna, September 2004 [disponível em

<https://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/Handbook.pdf>, Acesso em 4 de setembro de 2016].

_____, “United Nations Convention Against Corruption”, United Nations Office on Drugs and Crime (Vienna), New York, 2004 [disponível em http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf, acesso em 25 de abril de 2015].

_____, “Secretary-General, in Message for International Anti-Corruption Day, Cites Convention as Strongest Way to Fight Graft, Build Integrity”, Press Release, December 7, 2009 [disponível em <http://www.un.org/press/en/2009/sgsm12660.doc.htm>, acesso em 28 de agosto de 2016].

UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT, *Practical Guide for Collective Action against Corruption*, New York, 2015 [disponível em https://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/Anti-Corruption/CollectiveActionExperiencesGlobal.pdf, acesso em 20 julho de 2016].

VALLE, V. R. L., *Direito fundamental à boa administração e governança*, Belo Horizonte, Fórum, 2011.

VASCONCELLOS, J.,/EUZÉBIO, G. L., “Justiça condena 205 por corrupção, lavagem e improbidade em 2012”, *Conselho Nacional de Justiça: Notícias* [online], 15 de abril de 2013 [disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60017-justica-condena-205-por-corruptao-lavagem-eimprobidade-em-2012>, acesso em 30 de julho de 2016].

VENTURI, E., *Processo civil coletivo – a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*, São Paulo, Malheiros, 2007.

VERISSIMO, L. F., *Etimológicas*, in *O Estado de São Paulo*, Caderno 2, edição de 30 de abril de 2015.

WALLIN, C., *Um país sem excelências e mordomias*, São Paulo, Geração Editorial, 2014.

WANICK, P., “Boas práticas do setor privado na promoção de um mercado mais íntegro e ético”, in *Lei Anticorrupção e temas de compliance*, org. J. M. SOUZA, et al., 2ª ed., Salvador: JusPodivm, 2017.

WE SAVE LIVES – Highway Safety Advocates, “Campanha surpreendente, presidiário no banheiro do bar!” [legendado por BestOfWeb.com.br, 20 de maio de 2016] [ficheiro de vídeo] [disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=vBzxEtBaMi4>, acesso em 26 de maio de 2016].

WEINGARTNER NETO, J.,/VIZZOTTO, V. D., “Ministério Público, ética, boa governança e mercados: uma pauta de desenvolvimento no contexto do direito e da economia”, in *Direitos*

fundamentais: orçamento e “reserva do possível”, 2ª ed., org. I. W. SARLET, et al., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.

WILLIAMS, P., “Concept of an Independent Organisation to Tackle Corruption”, artigo apresentado na Conferência Internacional sobre a Corrupção e a Economia contra o Governo, Washington, DC, outubro de 1982.

WORLD BANK, *Strengthening World Bank Group Engagement on Governance and Anticorruption*, Washington, The World Bank, 2007 [disponível em <http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corecourse2007/GACMaster.pdf>, acesso em 15 de outubro de 2016].

WORLD BANK INSTITUTE, *Fighting Corruption Through Collective Action – A Guide for Business*, 2008 [disponível em http://info.worldbank.org/etools/docs/antic/whole_guide_oct.pdf, acesso em 14 de julho de 2016].

ZYMLER, B./DIOS, L. C., *Regime Diferenciado de Contratação*, 3ª ed., Belo Horizonte, Fórum, 2014.

_____, *Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013): Uma visão do controle externo*, Belo Horizonte, Fórum, 2016.

LEGISLAÇÃO

BRASIL, Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

_____, Código Penal (Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

_____, Conselho Nacional de Justiça – CNJ, Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade [disponível em https://www.cnj.jus.br/improbidade_adm/consultar_requerido.php, acesso em 2 de novembro de 2016].

_____, Decreto Federal n.º 7.724, de 16 de maio de 2012 (Regulamenta a Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do *caput* do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição).

_____, Decreto Legislativo n.º 125, de 14 de junho de 2000 (Aprova o texto da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997).

_____, Decreto Legislativo n.º 152, de 25 de junho de 2002 (Aprova o texto final, após modificações de cunho vernacular, em substituição àquele encaminhado pela Mensagem 1.259,

de 1996, da Convenção Interamericana contra a Corrupção, concluída originalmente em Caracas, em 29 de março de 1996).

_____, Decreto Legislativo n.º 348, de 18 de maio de 2005 (Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas em outubro de 2003).

_____, Decreto n.º 2285-R, de 25 de junho de 2009 (Dispõe sobre a divulgação de dados e informações dos órgãos e entidades da Administração Pública Estadual, por meio da Rede Mundial de Computadores – Internet e institui o Conselho Gestor do Portal da Transparência do Governo do Estado do Espírito Santo).

_____, Decreto n.º 1.171, de 22 junho de 1994 (Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal).

_____, Decreto n.º 10.271, de 21 de fevereiro de 2014 (Regulamenta no âmbito da Administração Pública do Estado do Paraná a Lei Federal nº 12.846/2013, que regulamenta a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, e dá outras providências).

_____, Decreto n.º 25.177, de 13 de maio de 2015 (Dispõe sobre a aplicação, pelos órgãos da Administração Direta e pelas entidades da Administração Indireta do Poder Executivo, da Lei Federal n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013).

_____, Decreto n.º 3.678, de 30 de novembro de 2000 (Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997).

_____, Decreto n.º 3.956-R, de 30 de março de 2016 (Regulamenta a aplicação da Lei Federal n.º 12.846, de 01.08.2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública).

_____, Decreto n.º 31.251, de 28 de outubro 2015 (Regulamenta, no âmbito do Poder Executivo do Estado do Maranhão, a Lei Federal n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências).

_____, Decreto n.º 37.296, de 29 de abril de 2016 (Disciplina, no âmbito da Administração Pública do Distrito Federal, a aplicação da Lei n.º 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências).

_____, Decreto n.º 4.081, de 11 de janeiro de 2002 (Institui o Código de Conduta Ética dos Agentes Públicos em exercício na Presidência e Vice-Presidência da República).

_____, Decreto n.º 4.187, de 8 de abril de 2002 (Regulamenta os arts. 6º e 7º da Medida Provisória n.º 2.225-45, de 4 de setembro de 2001, que dispõem sobre o impedimento de autoridades exercerem atividades ou prestarem serviços após a exoneração do cargo que ocupavam e sobre a remuneração compensatória a elas devida pela União, e dá outras providências).

_____, Decreto n.º 4.410, de 7 de outubro de 2002 (Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”).

_____, Decreto n.º 4.923, de 18 de dezembro de 2003 (Dispõe sobre o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção, e dá outras providências).

_____, Decreto n.º 4.954, de 13 de dezembro de 2013 (Define regras específicas para os órgãos e entidades do Poder Executivo, quanto à responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a administração pública, e adota outras providências).

_____, Decreto n.º 46.782, de 23 de julho de 2015 (Dispõe sobre o Processo Administrativo de Responsabilização, previsto na Lei Federal n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, no âmbito da Administração Pública do Poder Executivo Estadual).

_____, Decreto n.º 48.326, de 5 de maio de 2016 (Regulamenta, no âmbito do Poder Executivo Estadual, a Lei Federal n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública).

_____, Decreto n.º 49.111, de 16 de maio de 2012 (Regulamenta, no âmbito da Administração Pública Estadual, a Lei Federal n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal, cria a Comissão Mista de Reavaliação de Informações da Administração Pública Estadual – CMRI/RS, e dá outras providências).

_____, Decreto n.º 5.450, de 31 de maio de 2005 (Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências).

_____, Decreto n.º 5.482, de 30 de junho de 2005 (Dispõe sobre a divulgação de dados e informações pelos órgãos e entidades da administração pública federal, por meio da Rede Mundial de Computadores – Internet).

_____, Decreto n.º 5.483, de 30 de junho de 2005 (Regulamenta, no âmbito do Poder Executivo Federal, o art. 13 da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, institui a sindicância patrimonial e dá outras providências).

_____, Decreto n.º 572, de 13 de maio de 2016 (Acrescenta ao Decreto n.º 7.217/06 disposições que tornam obrigatória a inserção de “cláusula anticorrupção” aos contratos de aquisições de bens, contratações de serviços e locação de bens no Poder Executivo Estadual).

_____, Decreto n.º 573, de 13 de maio de 2016 (Acrescenta ao Decreto n.º 7.217/06 disposições que tornam obrigatória a inserção de “cláusula anticorrupção” aos contratos de aquisições de bens, contratações de serviços e locação de bens no Poder Executivo Estadual).

_____, Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992 (Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação).

_____, Decreto n.º 60.106, de 29 de janeiro de 2014 (Disciplina a aplicação, no âmbito da Administração Pública estadual, de dispositivos da Lei federal n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013).

_____, Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992 (Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969).

_____, Decreto n.º 7.203, de 4 de julho de 2010 (Dispõe sobre a vedação do nepotismo no âmbito da administração pública federal).

_____, Decreto n.º 7.217, de 14 de março de 2006 (Regulamenta as aquisições de bens, contratações de serviços e locação de bens móveis no Poder Executivo Estadual, e dá outras providências).

_____, Decreto n.º 8.420, de 18 de março de 2015 (Regulamenta a Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências).

_____, Decreto Presidencial n.º 5687, de 31 de janeiro de 2006 (Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003).

_____, Decreto-Lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar).

_____, Decreto-Lei n.º 1.598, de 26 de dezembro 1977 (Altera a legislação do imposto sobre a renda).

_____, Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967 (Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências).

_____, Decreto-lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro).

_____, Emenda Constitucional n.º 103, de 22 de dezembro de 2015 (Revoga o art. 145 da Constituição do Estado do Espírito Santo).

_____, Emenda Constitucional n.º 32, de 11 de setembro de 2001 (Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências).

_____, EMI n.º 00011/2009 – CGU/MJ/AGU, de 23 de outubro de 2009 (“Proposta de regulamentação da responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas por atos lesivos à Administração Pública nacional e estrangeira”).

_____, Instrução Normativa CGU n.º 2, de 7 de abril de 2015 (Regula o registro de informações no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP).

_____, Instrução Normativa n.º 74, de 11 de fevereiro de 2015 (Dispõe sobre a fiscalização do Tribunal de Contas da União, com base no art. 3º da Lei n.º 8.443/1992, quanto à organização do processo de celebração de acordo de leniência pela administração pública federal, nos termos da Lei 12.846/2013).

_____, Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011 (Instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; altera a Lei n.º 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis n.ºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória n.º 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei n.º 9.649, de 27 de maio de 1998).

_____, Lei 8.906, de 4 de julho de 1994 (Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)).

_____, Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000 (Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências).

_____, Lei Complementar n.º 104, de 10 de janeiro 2001 (Altera dispositivos da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional).

_____, Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006 (Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis n.ºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei n.º 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar n.º 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis n.ºs 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999).

_____, Lei Complementar n.º 131, de 27 de maio de 2009 (Acrescenta dispositivos à Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar

a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios).

_____, Lei Complementar n.º 135, de 4 de junho de 2010 (Altera a Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato).

_____, Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990 (Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências).

_____, Lei de 7 de novembro de 1831 [disponível em http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37659-7-novembro-1831-564776-publicacaooriginal-88704-pl.html, acesso em 30 de junho de 2016].

_____, Lei Distrital n.º 2.415, de 6 de julho de 1999 (Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais no âmbito do Distrito Federal).

_____, Lei Estadual n.º 10.498, de 26 de fevereiro de 2016 (Institui o Fundo Estadual de Combate à Corrupção).

_____, Lei Estadual n.º 18.672, de 13 de novembro de 2014 (Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública estadual, e dá outras providências).

_____, Lei Estadual n.º 9.871, de 9 de julho de 2012 (Regula o acesso a informações previsto no inciso II do § 4º do art. 32 da Constituição do Estado do Espírito Santo).

_____, Lei Federal n.º 10.180, de 6 de fevereiro de 2001 (Organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, e dá outras providências).

_____, Lei Federal n.º 10.683, de 28 de maio de 2003 (Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências).

_____, Lei Federal n.º 11.300, de 10 de maio de 2006 (Dispõe sobre propaganda, financiamento e prestação de contas das despesas com campanhas eleitorais, alterando a Lei n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997).

_____, Lei Federal n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n.º 11.111,

de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n.º 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências).

_____, Lei Federal n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n.º 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências).

_____, Lei Federal n.º 13.019, de 31 de julho de 2014 (Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis n.ºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999 [Redação dada pela Lei n.º 13.204, de 2015]).

_____, Lei Federal n.º 13.303, de 30 de junho de 2016 (Estatuto Jurídico das Empresas Estatais – EJEE).

_____, Lei Federal n.º 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral Brasileiro).

_____, Lei Federal n.º 7.492, de 16 de junho de 1986 (Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências).

_____, Lei Federal n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências).

_____, Lei Federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 (Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências).

_____, Lei Federal n.º 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Estabelece normas para as eleições).

_____, Lei Municipal n.º 15.764, de 27 de maio de 2013 (Dispõe sobre a criação e alteração da estrutura organizacional das Secretarias Municipais que especifica, cria a Subprefeitura de Sapopemba e institui a Gratificação pela Prestação de Serviços de Controladoria).

_____, Lei n.º 1.079, de 10 de abril de 1950 (Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento).

_____, Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001 (Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências).

_____, Lei n.º 10.303, de 31 de outubro de 2001 (Altera e acrescenta dispositivos na Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei n.º 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários).

_____, Lei n.º 10.467, de 11 de junho de 2002 (Acrescenta o Capítulo II-A ao Título XI do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dispositivo à Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998, que “dispõe sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do Sistema Financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), e dá outras providências).

_____, Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002 (Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências).

_____, Lei n.º 10.628, de 24 de dezembro de 2002 (Altera a redação do art. 84 do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal).

_____, Lei n.º 10.671, de 15 de maio de 2003 (Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências).

_____, Lei n.º 10.763, de 12 de novembro de 2003 (Acrescenta artigo ao Código Penal e modifica a pena cominada aos crimes de corrupção ativa e passiva).

_____, Lei n.º 11.204, de 5 de dezembro de 2005 (Altera a Lei n.º 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios; autoriza a prorrogação de contratos temporários firmados com fundamento no art. 23 da Lei n.º 10.667, de 14 de maio de 2003; altera o art. 4º da Lei n.º 8.745, de 9 de dezembro de 1993, e a Lei n.º 11.182, de 27 de setembro de 2005; e dá outras providências).

_____, Lei n.º 12.016, de 7 de agosto de 2009 (Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências).

_____, Lei n.º 12.376, de 30 de setembro de 2010 (Altera a ementa do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942).

_____, Lei n.º 12.682, de 9 de julho de 2012 (Dispõe sobre a elaboração e o arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos).

_____, Lei n.º 12.813, de 16 de maio de 2013 (Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao

exercício do cargo ou emprego; e revoga dispositivos da Lei n.º 9.986, de 18 de julho de 2000, e das Medidas Provisórias n.ºs 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, e 2.225-45, de 4 de setembro de 2001).

_____, Lei n.º 12.846, de 1 de agosto de 2013 (Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências).

_____, Lei n.º 12.850, de 2 de agosto de 2013 (Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei n.º 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências).

_____, Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

_____, Lei n.º 13.285, de 10 de maio de 2016 (Acrescenta o art. 394-A ao Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal).

_____, Lei n.º 13.341, de 29 de setembro de 2016 (Altera as Leis n.ºs 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e 11.890, de 24 de dezembro de 2008, e revoga a Medida Provisória n.º 717, de 16 de março de 2016).

_____, Lei n.º 4.898 (Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade).

_____, Lei n.º 6.385, de 7 de dezembro de 1976 (Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários).

_____, Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984 (Altera dispositivos do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências).

_____, Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 (Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências).

_____, Lei n.º 8.009, de 29 de março de 1990 (Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família).

_____, Lei n.º 8.027, de 12 de abril de 1990 (Dispõe sobre normas de conduta dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas, e dá outras providências).

_____, Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências).

_____, Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990 (Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências).

_____, Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências).

_____, Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais).

_____, Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências).

_____, Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992 (Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências).

_____, Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992 (Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências).

_____, Lei n.º 8.730, de 10 de novembro de 1993 (Estabelece a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e dá outras providências).

_____, Lei n.º 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal).

_____, Lei n.º 9.139, de 30 de novembro de 1995 (Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, que tratam do agravo de instrumento).

_____, Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996 (Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial).

_____, Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998 (Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências).

_____, Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998 (Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências).

_____, Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal).

_____, Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro 1999 (Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal).

_____, Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (Regula a ação popular).

_____, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios).

_____, Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995 (Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas).

_____, Medida Provisória n.º 2.088-35, de 27 de dezembro de 2000 (Altera as Leis n.ºs 6.368, de 21 de outubro de 1976, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.525, de 3 de dezembro de 1997, e dá outras providências).

_____, Medida Provisória n.º 2.225-45, de 4 de setembro de 2001 (Altera as Leis n.ºs 6.368, de 21 de outubro de 1976, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.525, de 3 de dezembro de 1997, e dá outras providências).

_____, Medida Provisória n.º 703, de 18 de dezembro de 2015 (Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência).

_____, Medida Provisória n.º 726, de 12 de maio de 2016 (Altera e revoga dispositivos da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios).

_____, Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria- Geral da União, Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP, Cadastros Nacionais de Empresas Inidôneas e Empresas Punidas [disponível em <http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/sistema-integrado-de-registro-do-ceis-cnep>, acesso em 2 de novembro de 2016].

_____, Ministério Público Federal, 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção, Nota Técnica n.º 01/2016 – 5ª CCR, de 04 de maio de 2016 (Analisa o relatório com proposta legislativa do deputado federal Paulo Teixeira (PT-SP), relator da comissão mista para apreciação da Medida Provisória 703/2015, que trata de acordo de leniência no âmbito da Lei 12.846/2013) [disponível em <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NotaTecnica5CCRMp703analisedoparecerPauloTeixeira.pdf>, acesso em 15 de novembro de 2016].

_____, Ministério Público Federal, Procuradoria da República em Goiás, Inquérito Policial n. 142/2014-4 SR/PF/GO, Distribuição por Dependência à Medida Cautelar nº. 1233-52.2014.4.01.3500 [disponível em <http://www.mpf.mp.br/go/sala-de-imprensa/docs/not2071%20-%20denuncia.pdf>, acesso em 2 de novembro de 2016].

_____, Portaria CGU n.º 909, de 7 de abril de 2015 (Dispõe sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas).

_____, Portaria CGU n.º 910, de 7 de abril de 2015 (Define os procedimentos para apuração da responsabilidade administrativa e para celebração do acordo de leniência de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013).

_____, Portaria do Ministério da Fazenda n.º 75, de 22 de março de 2012 (Dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional).

_____, Portaria Interministerial n.º 140, de 16 de março de 2006 (Disciplina a divulgação de dados e informações pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, por meio da rede mundial de computadores – Internet, e dá outras providências).

_____, Portaria n.º 382, de 6 de dezembro de 2016 (aprova o Código de Conduta Ética dos agentes públicos do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão) [disponível em <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=82&data=08/12/2016>, acesso em 12 de dezembro de 2016].

_____, Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Exposição de Motivos n.º 37, de 18 de agosto de 2000.

_____, Presidência da República, Controladoria-Geral da União, Secretaria-Executiva, Memorando-Circular n.º 60/2014/SE/CGU-PR, de 20 de novembro de 2014 (Prevenção de situação que suscite conflitos de interesse).

_____, Presidência da República, Resolução n.º 3, de 23 de dezembro de 2000 (Regras sobre o tratamento de presentes e brindes aplicáveis às autoridades públicas abrangidas pelo Código de Conduta da Alta Administração Federal).

_____, Projeto de Lei Complementar (PLP) n.º 518/2009 (Altera a Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato).

_____, Projeto de Lei do Senado n.º 105, de 2015 (Acrescenta parágrafo ao artigo 16 da Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, determinando que os acordos de leniência celebrados por entes da Administração Pública sejam homologados pelo Ministério Público.)

_____, Projeto de Lei do Senado n.º 236, de 2012 (Novo Código Penal) [disponível em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>, acesso em 15 de junho de 2016].

_____, Projeto de Lei do Senado n.º 303, de 2016 (Dispõe sobre o Sistema de Integridade da Administração Pública Brasileira, estabelecido para a proteção preventiva e integral dos bens, interesses e direitos inerentes ao patrimônio público nacional, e dá outras providências) [disponível em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126612>, acesso em 16 de outubro de 2016].

_____, Projeto de Lei do Senado n.º 362, de 2015 (Dispõe sobre medidas de proteção e de incentivo a trabalhadores que denunciem a prática de crime, ato de improbidade, violação de direitos trabalhistas ou qualquer outro ilícito verificado no âmbito da relação de trabalho).

_____, Projeto de Lei n.º 2.808/2015 (Disciplina, nos termos do art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal, o sigilo da fonte da informação que deu causa à investigação relacionada à prática de atos de corrupção).

_____, Projeto de Lei n.º 3636, de 16 de novembro de 2015 (Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, para permitir que o Ministério Público e a Advocacia Pública celebrem acordo de leniência, de forma isolada ou em conjunto, no âmbito da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, e dá outras providências).

_____, Projeto de Lei n.º 4.850/2016 (Estabelece medidas contra a corrupção e demais crimes contra o patrimônio público e combate o enriquecimento ilícito de agentes públicos) [disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>, acesso em 15 de junho de 2016].

_____, Projeto de Lei n.º 6.826/2010 (Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências).

_____, Projeto de Lei n.º 7.528/2006 (Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo Federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego).

_____, Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 45, de 2009 (Acrescenta o inciso XXIII ao art. 37 da Constituição Federal, dispondo sobre as atividades do sistema de controle interno).

_____, Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n.º 358, de 2005 (Altera dispositivos dos arts. 21, 22, 29, 48, 93, 95, 96, 98, 102, 103-B, 104, 105, 107, 111-A, 114, 115, 120, 123, 124, 125, 128, 129, 130-A e 134 da Constituição Federal, acrescenta os arts. 97-A, 105-A, 111-B e 116-A, e dá outras providências).

_____, Recomendação n.º 42, de 23 de agosto de 2016 (Recomenda a criação de estruturas especializadas no Ministério Público para a otimização do enfrentamento à corrupção, com atribuição cível e criminal).

_____, Resolução do Senado Federal nº 93, de 27 de novembro de 1970 (Dá nova redação ao Regimento Interno do Senado Federal).

_____, Resolução n.º 13, de 2 de outubro de 2006 (Regulamenta o art. 8º da Lei Complementar 75/93 e o art. 26 da Lei n.º 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério

Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal, e dá outras providências) [disponível em

http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolucao_n%C2%BA_13_altera_da_pela_Res._111-2014.pdf, acesso em 26 de setembro de 2016].

_____, Resolução n.º 17/1989 (Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados).

_____, Resolução n.º 23, de 17 de setembro de 2007 (Regulamenta os artigos 6º, inciso VII, e 7º, inciso I, da Lei Complementar n.º 75/93 e os artigos 25, inciso IV, e 26, inciso I, da Lei n.º 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do inquérito civil) [disponível em

http://www.cnmp.gov.br/portal/images/stories/CNMPHistoria/resolucao_23_alterada_pela_59_10.pdf, acesso em 26 de setembro de 2016].

_____, Superior Tribunal de Justiça, AgInt no AREsp 913.481/MT, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 28/09/2016.

_____, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp n.º 548.901/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 23/02/2016.

_____, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1.260.737/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 25/11/2014.

_____, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1.299.936/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/04/2013.

_____, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1459388/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.

_____, Superior Tribunal de Justiça, AgRg nos EREsp 995.995/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/03/2015, DJe 09/04/2015.

_____, Superior Tribunal de Justiça, APn 675/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Corte Especial, julgado em 18/11/2015, DJe 02/02/2016.

_____, Superior Tribunal de Justiça, HC n.º 137.349/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 30/05/2011.

_____, Superior Tribunal de Justiça, HC n.º 329.227/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 13/10/2016.

_____, Superior Tribunal de Justiça, HC n.º 33.535/SC, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2004, DJ 25/10/2004.

_____, Superior Tribunal de Justiça, MC 24.205/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/04/2016; REsp 1.313.093/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/09/2013

_____, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1245466/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 05/05/2011.

_____, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1366721 BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/Acórdão Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 19/09/2014.

_____, Superior Tribunal de Justiça, REsp n.º 1.354672/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 25/08/2014.

_____, Superior Tribunal de Justiça, REsp. n.º 1.003.179/RO, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 18/08/2008.

_____, Superior Tribunal de Justiça, REsp. n.º 1.003.179/RO, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 18/08/2008.

_____, Superior Tribunal de Justiça, REsp. n.º 1.148.460/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, 2ª Turma, julgado em 19/10/2010, DJe 28/10/2010

_____, Superior Tribunal de Justiça, RHC 35.598/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 15/04/2016.

_____, Superior Tribunal de Justiça, RMS 25.848/RJ, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014.

_____, Supremo Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1154263/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 29/05/2013.

_____, Supremo Tribunal Federal, ADIn n.º 5.261/DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO Repte.(S): Partido Social Liberal – PSL.

_____, Supremo Tribunal Federal, AP n.º 971, Rel. Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 28/06/2016, publicado em 11/10/2016.

_____, Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança 34.031 MC/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES. j. em 22.02.2016. DJ de 26.02.2016.

_____, Supremo Tribunal Federal, Pet n.º 1954, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 11/09/2002, DJ 1.º/08/2003.

_____, Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, AI n.º 745.203 AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 23/06/2015, DJe publicado em 06/08/2015.

_____, Supremo Tribunal Federal, Rcl n.º 14954 AgR, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15 de março de 2016, publicado em 15 de abril de 2016.

_____, Supremo Tribunal Federal, RE n.º 548181, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213, DIVULG 29-10-2014, PUBLIC 30-10-2014.

_____, Supremo Tribunal Federal, Súmula n.º 145 (Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação).

_____, Supremo Tribunal Federal, Súmula n.º 473 (A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial).

_____, Supremo Tribunal Federal, Súmula Vinculante n.º 14 (É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa).

_____, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE N.º 593.727, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Rel. p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, julgado em 14/05/2015, DJe publicado em 08/09/2015

_____, Supremo Tribunal Federal. Data do julgamento: 23 de agosto de 2011. Acórdão publicado no DJe 15 de setembro de 2011.

_____, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 201.819/RJ. Relatora Ministra Ellen Gracie. Relator para acórdão Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 11 de outubro de 2005. Acórdão publicado no DJ de 27 de outubro de 2005.

_____, Tribunal de Contas da União (TCU), “Os cinco motivos para a abertura de dados na Administração Pública”, 2015 [disponível em <http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/cinco-motivos-para-a-abertura-de-dados-na-administracao-publica.htm>, acesso em 21 de outubro de 2016].

_____, Tribunal de Contas da União (TCU), Processo n.º 011.954/2015-9, Acórdão 1332/2016 – Plenário [disponível em <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-realiza-mapeamento-de-riscos-na-contratacao-de-funcoes-de-confianca-e-de-cargos-em-comissao-1.htm>, acesso em 06 de junho de 2016].

_____, Tribunal de Contas da União, Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), *Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI) – Princípios Fundamentais de Auditoria (nível 3)*, Brasília, 2015 [disponível em http://www.intosai.org/fileadmin/downloads/downloads/4_documents/ISSAI_100_Portugues.pdf, acesso em 16 de outubro de 2016].

_____, Tribunal de Justiça de São Paulo. 9ª Câmara de Direito Público. Apelação n.º 3001041-93.2013.8.26.0648, Rel. Des. REBOUÇAS DE CARVALHO. Data do julgamento: 29/04/2015. Data de registro: 30/04/2015.

_____, Tribunal Superior do Trabalho, Processo n.º RR - 613/2000-013-10-00.7. Data de Julgamento: 18/05/2005, Relator Min. JOÃO ORESTE DALAZEN, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 10/06/2005.

_____, Tribunal Superior do Trabalho, RR n.º 735-14.2010.5.03.0086, Relator Min. DOUGLAS ALENCAR RODRIGUES, Data de Julgamento: 15/06/2016, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: DEJT 17/06/2016.

_____, Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____, Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 4.650. Proponente: Ordem dos Advogados do Brasil. Ministro relator Luiz Fux, voto do Ministro Marco Aurélio. Brasília, 02 abr. 2014.

_____, Justiça Federal. 13ª Vara Federal de Curitiba. Ação Penal – Processo n.º 5036528-23.2015.4.04.7000. 8 mar. 2016 [disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/3/art20160308-03.pdf>, acesso em: 28 maio 2016].

DEUTCHLAND, Rechtsprechung, BGH 5 StR 394/08 – Urteil vom 17. Juli 2009 (LG Berlin) [disponível em <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/08/5-394-08-1.php>, acesso em 22 de agosto de 2016].

PORTUGAL, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23-09-1997, proc. n.º 97B503, Rel. MIRANDA GUSMÃO.

_____, Acórdão do Tribunal Constitucional 179/2012 (Pronuncia-se pela inconstitucionalidade das normas constantes do artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, e do artigo 2.º do Decreto n.º 37/XII, da Assembleia da República (crime de enriquecimento ilícito)).

_____, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, n.º 269/10.2TAMTS. P1. Rel.: Castela Rio, 1ª Secção. DJ 06.03.2013 [disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/a832c3a4a4048ffc80257b3b003f80cd?OpenDocument>, acesso em 15 de junho de 2016].

_____, Acórdão n.º 179/2012, Processo n.º 182/12, Plenário, Relator: Conselheiro José da Cunha Barbosa, julgamento em 4 de abril de 2012.

_____, Acórdão n.º 377/2015, Processo n.º 658/2015, Plenário, Relatora: Conselheira Maria Lúcia Amaral, julgamento em 27 de julho de 2015.

_____, ACSTJ de 13-05-1998, Processo n.º 46663 – 3.ª Secção, Relator Conselheiro Lopes.

_____, Apresentação da Proposta de Lei que cria o novo regime penal da corrupção no comércio internacional e no sector privado – Assembleia da República 2007-10-18 [disponível

em <http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/legislacao-da-justica/anexos/2007-10-18/downloadFile/file/2007.10.18.pdf?nocache=1205856139.06>,

acesso em 13 de junho de 2016].

_____, Circular n.º 2/11 de 2011-04-19 – PGR – Procuradora-Geral da República (Lei n.º 20/2008, de 21-04 – Novo regime de responsabilidade penal por crimes de corrupção, cometidos no comércio internacional e na atividade privada).

_____, Código Civil (Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro).

_____, Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), Regulamento da CMVM n.º 4/2013, Governo das Sociedades (Revoga o Regulamento da CMVM n.º 1/2010) [disponível em

http://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/Legislacaonacional/Regulamentos/Pages/Reg_2013_04.aspx, acesso em 6 de março de 2016].

_____, Constituição da República Portuguesa.

_____, Decreto da Assembleia da República n.º 369/XII (Enriquecimento injustificado (Trigésima sétima alteração ao Código Penal, sétima alteração à Lei n.º 34/87, de 16 de julho, terceira alteração à Lei n.º 93/99, de 14 de julho, vigésima quarta alteração ao Código de Processo Penal, quinta alteração à Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, sexta alteração à Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, terceira alteração à Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, quarta alteração à Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto e sexta alteração à Lei n.º 4/83, de 2 de abril)).

_____, Decreto da Assembleia da República n.º 37/XII (Enriquecimento ilícito).

_____, Decreto do Presidente da República 56/2001, de 26 de outubro (Ratifica a Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa, assinada em Estrasburgo em 30 de abril de 1999).

_____, Decreto do Presidente da República n.º 19/2000, de 31 de março (Convenção sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais).

_____, Decreto do Presidente da República n.º 97/2007, de 21 de setembro (Ratifica a Convenção contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, em 19 de julho de 2007, com declarações).

_____, Decreto n.º 97/2007, de 21 de setembro de 2007 (Ratifica a Convenção contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, em 19 de julho de 2007, com declarações).

_____, Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro (No uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 26/2007, de 23 de julho, aprova o Regulamento das Custas Processuais, procedendo à revogação do Código das Custas Judiciais e a alterações ao Código de Processo Civil, ao Código de Processo Penal, ao Código de Procedimento e de Processo Tributário, ao Código do Registo Comercial, ao Código do Registo Civil, ao Decreto-Lei n.º 269/98, de 28 de agosto, à Lei n.º 115/99, de 3 de agosto, e aos Decretos-Leis n.ºs 75/2000, de 9 de maio, 35 781, de 5 de agosto de 1946, e 108/2006, de 8 de junho).

_____, Decreto-lei n.º 141/2006, de 27 de julho (Primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 86/2003, de 26 de abril, revendo o regime jurídico aplicável à intervenção do Estado na definição, conceção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global de parcerias público-privadas).

_____, Decreto-Lei n.º 158/96, de 3 de setembro (Aprova a lei orgânica do Ministério das Finanças).

_____, Decreto-Lei n.º 166/98, de 25 de junho (Institui o sistema de controlo interno da administração financeira do Estado (SCI)).

_____, Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro (Código dos Contratos Públicos – CCP).

_____, Decreto-lei n.º 28/1984, de 20 de janeiro (Altera o regime em vigor em matéria de infrações antieconómicas e contra a saúde pública).

_____, Decreto-Lei n.º 4/2015, de 07 de janeiro (Código do Procedimento Administrativo – versão atualizada).

_____, Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março (Código Penal de 1982, Versão Consolidada Posterior a 1995).

_____, Decreto-Lei n.º 511/99, de 24 de novembro (Estatuto do Pessoal da Polícia de Segurança Pública).

_____, Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro (Código de Processo Penal – CPP).

_____, Decreto-lei n.º 86/2003, de 26 de abril (Define normas especiais aplicáveis às parcerias público-privadas).

_____, Lei n.º 07/93, de 1º de março (Estatuto dos Deputados).

_____, Lei n.º 19/2003, de 20 de junho (Financiamento dos partidos políticos – versão atualizada).

_____, Lei n.º 19/2008, de 21 de abril (Aprova medidas de combate à corrupção e procede à primeira alteração à Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, à décima sétima alteração à lei geral tributária e à terceira alteração à Lei n.º 4/83, de 2 de abril).

_____, Lei n.º 20/2008, de 21 de abril (Responsabilidade Penal por Crimes de Corrupção no Comércio Internacional e na Atividade Privada – versão atualizada).

_____, Lei n.º 29/2008, de 4 de julho (Primeira alteração à Lei n.º 93/99, de 14 de julho, que regula a aplicação de medidas para proteção de testemunhas em processo penal).

_____, Lei n.º 30/2015, de 22 de abril (Trigésima quinta alteração ao Código Penal, sexta alteração à Lei n.º 34/87, de 16 de julho, primeira alteração à Lei n.º 20/2008, de 21 de abril, primeira alteração à Lei n.º 50/2007, de 31 de agosto, e primeira alteração à Lei n.º 19/2008, de 21 de abril, no sentido de dar cumprimento às recomendações dirigidas a Portugal em matéria de corrupção pelo Grupo de Estados do Conselho da Europa contra a Corrupção, pelas Nações Unidas e pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico).

_____, Lei n.º 32, de 2 de setembro de 2010 (Procede à 25.ª alteração ao Código Penal).

_____, Lei n.º 34/87, de 16 de julho (Crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos).

_____, Lei n.º 36/94, de 29 de setembro (Medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira).

_____, Lei n.º 38/2010, de 2 de setembro (Altera o regime do controle público da riqueza dos titulares dos cargos políticos (quinta alteração à Lei n.º 4/83, de 2 de abril)).

_____, Lei n.º 41/2010, de 3 de setembro (Procede à terceira alteração à Lei n.º 34/87, de 16 de julho, relativa a crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos).

_____, Lei n.º 42/2010, de 3 de setembro (Segunda alteração à Lei n.º 93/99, de 14 de julho, que regula a aplicação de medidas para proteção de testemunhas em processo penal).

_____, Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto (Regula o acesso aos documentos administrativos – versão atualizada).

_____, Lei n.º 47/86, de 15 de outubro (Estatuto do Ministério Público).

_____, Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (Estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira e procede à segunda alteração à Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, alterada pela Lei n.º 90/99, de 10 de julho, e quarta alteração ao Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de dezembro, alterado pela Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 275-A/2000, de 9 de novembro, e pela Lei n.º 104/2001, de 25 de agosto).

_____, Lei n.º 5/93, de 1º de março (Regime Jurídico dos Inquéritos Parlamentares).

_____, Lei n.º 50/2007, de 31 de agosto (Estabelece um novo regime de responsabilidade penal por comportamentos suscetíveis de afetar a verdade, a lealdade e a correção da competição e do seu resultado na atividade desportiva).

_____, Lei n.º 53-B/2006, de 29 de dezembro (Cria o indexante dos apoios sociais e novas regras de atualização das pensões e outras prestações sociais do sistema de segurança social).

_____, Lei n.º 54/2008, de 4 de setembro (Cria o Conselho de Prevenção da Corrupção (CPC)).

_____, Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro (Vigésima terceira alteração ao Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro).

_____, Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro (Aprova a revisão do Código do Trabalho).

_____, Lei n.º 73/2013, de 03 de setembro (Regime financeiro das autarquias locais e entidades intermunicipais – versão atualizada).

_____, Lei n.º 83/95, de 31 de agosto de 1995 (Direito de participação procedimental e de ação popular).

_____, Lei n.º 93/99, de 14 de julho (Regula a aplicação de medidas para proteção de testemunhas em processo penal).

_____, Lei n.º 98/97, de 26 de agosto (Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas).

_____, Parecer do Conselho Consultivo da PGR, datado de 26 de janeiro de 2005 [disponível em <http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/7fc0bd52c6f5cd5a802568c0003fb410/01221db6e4cad90b80256f6d0042e29a?OpenDocument&ExpandSection=-1>, acesso em 05 de junho de 2016].

_____, Portaria n.º 9/2008, de 3 de janeiro (Regulamenta a lei do acesso ao direito, aprovada pela Lei n.º 34/2004, de 29 de julho, na redação dada pela Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto).

_____, Projeto de Lei n.º 798/XII (Enriquecimento ilícito).

_____, Resolução da Assembleia da República n.º 11/2003 (Aprova, para ratificação, a Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente, assinada em Aarhus, na Dinamarca, em 25 de junho de 1998) [disponível em <https://dre.pt/application/file/a/188618>, acesso em 21 de fevereiro de 2016].

_____, Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007 (Aprova a Convenção contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003).

_____, Resolução da Assembleia da República n.º 68/2001, de 26 de outubro (Aprova, para ratificação, a Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa, assinada em Estrasburgo a 30 de Abril de 1999) [disponível em <http://www.gddc.pt/siii/docs/rar68-2001.pdf>, acesso em 26 de abril de 2016].

_____, Secretariado da Modernização Administrativa, “Carta Ética da Administração Pública – Dez Princípios Éticos da Administração Pública”, 1997 [disponível em <https://www.ua.pt/adm/ReadObject.aspx?obj=18011>, acesso em 7 de novembro de 2016].

_____, Tribunal Constitucional. Processo n.º 289/92. Relatora Conselheira Maria da Assunção Esteves. Data do julgamento: 2 de setembro de 1992.

_____, Tribunal Constitucional. [Processo](#) n.º 6/83. Relator Conselheiro Vital Moreira. Data do julgamento: 11 de abril de 1984.

_____, Tribunal Constitucional. [Processo](#) n.º 768/02. Relator Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Data do julgamento: 19 de dezembro de 2002.

_____, Tribunal de Contas, Acórdão n.º 2/2016, 3ª Secção [disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2016/3s/ac002-2016-3s.pdf>, acesso em 25 de setembro de 2016].

UNITED STATES OF AMERICA, U.S. Department of Justice Office of the Deputy Attorney General, Individual Accountability for Corporate Wrongdoing, Washington, DC, September 9, 2015 [disponível em <https://www.justice.gov/dag/file/769036/download>, acesso em 3 de julho de 2016].

_____, United States Code, Sarbanes-Oxley Act of 2002, PL 107-204, 116 Stat 745, Codified in Sections 11, 15, 18, 28, and 29 USC, July 2002.

ASSEMBLEIA-GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, Resolução n.º 67/218, de 21 de dezembro de 2012 [disponível em http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/67/218, Acesso em 21 de fevereiro de 2016].

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, Governança Europeia. Um Livro Branco, COM 2001/428 [disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV%3A110109>, acesso em: 15 de janeiro de 2015].

COMISSÃO EUROPEIA, Recomendação 2005/162/CE da Comissão Europeia, de 15 de fevereiro de 2005 (Relativa ao papel dos administradores não executivos ou membros do conselho de supervisão de sociedades cotadas e aos comités do conselho de administração ou de supervisão).

CONSELHO DA EUROPA, Comitê de Ministros, *Recomendação Rec(2003)4*, de 8 de abril de 2003 [disponível em https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e02b1, acesso em 29 de outubro de 2016].

_____, Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa [disponível em <http://www.gddc.pt/siii/im.asp?id=93>, acesso em 05 de junho de 2016].

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, Ação Comum n.º 98/742/JAI, de 22 de dezembro de 1998, adotada pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à corrupção no setor privado [disponível em <http://eur->

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:358:0002:0004:PT:PDF, acesso em 15 de junho de 2016].

_____, Decisão-Quadro 2003/568/JAI do Conselho, de 22 de julho de 2003, relativa ao combate à corrupção no sector privado [disponível em http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2003-568-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2003.568.JAI_Corrupcao_no_sector_privado.pdf?nocache=1199980661.99], acesso em 13 de junho de 2016].

NAÇÕES UNIDAS, Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 3 a 14 de junho de 1992 [disponível em <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>], acesso em 21 de fevereiro de 2016].

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Declaração Universal dos Direitos Humanos (Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948).

_____, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: Dos ODM aos ODS [disponível em <http://www.pnud.org.br/ODS16.aspx>], acesso em: 20 jul. 2016].

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, Diretiva 2014/24/EU, de 26 de fevereiro de 2014 (Relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE).

_____, Diretiva 2014/42/EU, de 3 de abril de 2014 (Sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia).

_____, Diretiva n.º 2014/95/UE, de 22 de outubro de 2014 (Altera a Diretiva 2013/34/UE no que se refere à divulgação de informações não financeiras e de informações sobre a diversidade por parte de certas grandes empresas e grupos).

PARLAMENTO EUROPEU, CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA E COMISSÃO EUROPEIA, Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), de 30 de maio de 2010 [disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2010.083.01.0389.01.POR&toc=OJ:C:2010:083:TOC], acesso 25 de setembro de 2016].

UNIÃO EUROPEIA, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE.

WEBGRAFIA

BASE: Contratos Públicos Online, [website] www.base.gov.pt.

CADA – Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, [website] <http://www.cada.pt/>.

Canal Conduta Coxa Branca (Coritiba Futebol Club), [website], <http://www.condutacoxabranca.com.br/>

De Real para Realidade, [website] www.derealpararealidade.com.

e-SIC – Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão, [website] www.acessoainformacao.gov.br/sistema/.

IBPT – Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, [website] <http://www.ibpt.com.br>.

ICAC – Independent Commission Against Corruption (Hong Kong), [website] Last Review Date: 31 March 2017 [disponível em http://www.icac.org.hk/en/about_icac/bh/index.html, acesso em 21 de setembro de 2016].

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, [website] www.ipea.gov.br.

Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, Observatório da Despesa Pública (ODP), [website] <http://www.cgu.gov.br/assuntos/informacoes-estrategicas/observatorio-da-despesa-publica>.

OGP – Open Government Partnership, [website] <http://www.opengovpartnership.org>, United Nations, Last Review: 2017.

PEMPAL – Public Expenditure Management Peer-Assisted Learning, [website] <https://www.pempal.org/>, World Bank Group.

Portal da Participação, [website] <http://www.portaldaparticipacao.rs.gov.br/documentos-sistema>, Consulta Popular, Governo do Estado do Rio Grande do Sul.